„Besorgung von Geschäften für andere“ im Zusammenhang mit § 362 HGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät,
Rechtswissenschaftlichen Abteilung,

der

Universität Tübingen

vorgelegt von

Friedrich Elling
Referendar in Stade

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1931

Referent: Professor Dr. Walther Schönfeld

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Juli 1930

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

		Seite
Literatur		V
§ 1.	Die Aufgabe	1
§ 2.	Beiträge zur Geschichte des Begriffs	2
§ 3.	Der Begriff im BGB. und im HGB.	7
§ 4.	Die Begriffsbestimmung	21
§ 5.	Geschäftsbesorgung und das Entgeltsproblem	25
§ 6.	Untersuchung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen	29
§ 7.	Kritik an der Literatur	34
§ 8.	Die Geschäftsbesorgung im Sprachgebrauch des täglichen Lebens	51
§ 9.	Definition	60
§ 10.	Geschäftsbesorgung im allgemeinen Dienst- oder Anstellungsvertrag	63
§ 11.	Das Ergebnis und die Geschäftsbesorgung in der Rechtsprechung	67

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0104

Literatur.

Albers, Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag. Jenaer Diss. 1900.
Albert, Der Begriff „Geschäftsbesorgung" nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübinger Diss. 1905.
v. Amira, Nordgermanisches Obligationsrecht I, II. 1895.
Becker, O., Geschäftsbesorgung und Arbeitsleistung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Marburger Diss. 1923.
Bernau, Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. In Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 223 ff.
Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. (Beiträge zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. von Becker und Fischer, 1889 Heft 11—14.)
v. Blume im „Recht" 1908 S. 653.
Bormann, H., Beiträge zur Erklärung der „Geschäftsbesorgung" in § 675 BGB. Göttinger Diss. 1901.
Brandt, G., Der Begriff der „Geschäftsbesorgung" im BGB., insbesondere in den §§ 662, 675 und 677. Erlanger Diss. 1913.
Brodmann, Die Handelsgeschäfte, 1918. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts IV, 2.
Brückmann, A., Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftraglosen Geschäftsführung. Jena 1903. In den Abhandl. zum Privatrecht u. Zivilprozeß Bd. IX Heft 1.
Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1927 Bd. 1, desgl. die 2. Aufl.
Crome, Die Partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.
— System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902.
Denkschrift zu dem Entwurfe eines BGB. und eines EG. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1887.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 1899.
Dniestrzanski, Aufträge zugunsten Dritter. I. 1904.
Dniestrjanskyj (= Dniestrzanski), Zur Lehre von der Geschäftsführung. In Jherings Jahrb. Bd. 77 S. 48 ff.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1910.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1903. Bd. 1.
Ehrenberg, V., Handbuch des gesamten Handelsrechts.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1903.
Engelmann, Das Bürgerliche Recht. 1906.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1923, 1926 und 1930. (Schuldrecht von Lehmann.)
Entwurf I eines Handelsgesetzbuches, aufgestellt vom Reichsjustizamt.
Entwurf II eines Handelsgesetzbuches, Reichstagsvorlage.
Fiebach, F., „Geschäftsbesorgung" als Begriff und Vertragsinhalt. Breslauer Diss. 1923. (Auszug.)
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 11. Aufl. 1921.
v. Gierke, J., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 1929.
v. Gierke, O., Deutsches Privatrecht. Bd. II. 1927. Im System. Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft von Binding.
Glaser, W., „Geschäft" und „Geschäftsbesorgung" nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Greifswalder Diss. 1911.
Goldmann, Sam., Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1906.
Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1903.
Goldschmit, Fr., Handelsgesetzbuch. München 1929.
Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch. 1927. (Guttentag.)
Heck, Ph., Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Heinsheimer, K., Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 1900.
Hellmann in Krit. Vierteljahresschrift Bd. 41 S. 221.
Hellwig, K., Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
— Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben. 1905.
Höchstädter, E., Der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Dienst- und Werkvertrag (BGB. § 675). Erlanger Diss. 1905.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 1902 u. 1913.
Jahrbuch des Deutschen Rechts II. Jahrgang.
Isay, H., Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900. In den Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. VI Heft 1.
Kleinberger in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1907 S. 253.
Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 1929.
Kohler, J., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Berlin 1906.
Kreß, H., Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Kuhlenbeck, Das BGB. für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1903.
Lehmann-Ring Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1901.
Lenel, O., Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge. 1902. In Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 31 ff.
Leonhard in Krit. Vierteljahresschrift Bd. 44 S. 411.
Lent, Fr., Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung. Leipzig 1909.
Loewenfeld, Über den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurfe des BGB. In Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB., Berlin 1890, S. 858 ff.
Lotmar, Ph., Der Arbeitsvertrag. Bd. 1. 1902.
Makover, H., Handelsgesetzbuch. Bd. I, 2. 12. Aufl. 1904.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1 4. Aufl. 1900 und 6./7. Aufl. 1914.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 1926.
Michaelis, A., Der Begriff der „Geschäftsbesorgung" in § 675 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Rostocker Diss. 1902.
v. Minningerode, A. F. Freiherr, § 675 im Bürgerlichen Gesetzbuch und der Begriff der Geschäftsbesorgung. Marburger Diss. 1907.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1896. Bd. I und II.
Neumann, H., Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1912.
Nikisch, A., Der Anstellungsvertrag. 1930. In Jherings Jahrb. Bd. 80 S. 1 ff.
Oertmann, P., Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, II. Abt. 1929.
Ostermeyer, Fr. W., Der Dienst- und Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.). Rostocker Diss. 1911.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl 1907 und II, 2 4. Aufl. 1928.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.
Puttkammer, H., Der Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.). Erlanger Diss. 1907.
Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB. 6. Aufl. 1928.
Riezler, E., Der Werkvertrag. Jena 1900. In den Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. IV Heft 1.
Ritter, C., Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910.
Rümelin, M., Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.
Rumpel, P., Der Begriff „Geschäftsbesorgung" in § 675 BGB. des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Breslauer Diss. 1905.
v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1 Heft 3.
Schollmeyer, Fr., Recht der Schuldverhältnisse. II, 2. München 1904.
Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft. 1928. In Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts V, 1.
Schwarz, Das bürgerliche Recht. 1909.
Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem BGB. Stuttgart 1903.
Simeon-David, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 14./15. Aufl. 1928 und 3. Aufl. 1901.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Aufl. 1926.
Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB. 1929.
Suter, Der entgeltliche Auftrag im Schweizerischen Obligationenrecht. Berner Diss. 1904.
Tränkner im Sächsischen Archiv Bd. 9 S. 175.
Titze, H., Das kaufmännische Hilfspersonal. 1918. In Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts II, 2.
Weiß, K., Begriff und rechtliche Natur des Kommissionsgeschäfts, insbesondere seine Abgrenzung von anderen Rechtsverhältnissen. Göttinger Diss. 1930.
v. Wilmowsky, G., Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1906.
Wolff, Kommentar zur Konkursordnung. 1921.
Zitelmann, F. C., Über die Amtsniederlegung von Aufsichtsratsmitgliedern der Aktiengesellschaften vor Ablauf ihrer Wahlperiode, nach altem und neuem Recht. In Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 52 S. 31 ff.

Bank-Archiv, Zeitschrift.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Deutsche Juristenzeitung.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht.
Das „Recht", Zeitschrift.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Reichsoberhandelsgerichtsentscheidungen, amtliche Sammlung.
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete der Zivilsachen.
Höchstrichterliche Rechtsprechung, Beilage zur Juristischen Rundschau.

---

§ 1.

Die Aufgabe.

Der Begriff „Besorgung von Geschäften für andere" ist im geltenden Recht grundlegend für die Auftragsvorschriften. Daher hat man den Begriff auch gerade im Zusammenhang mit den §§ 662, 675 und 677 BGB. erläutert. Infolge seiner schwierigen Bestimmbarkeit ist man immer von neuem darauf eingegangen, so daß zahlreiche Monographien vorliegen[1]). Zwar ist in diesen Schriften vereinzelt darauf hingewiesen, daß die Ausdrucksweise des BGB. „Besorgung von Geschäften für andere" auch im Handelsgesetzbuch an verschiedenen Stellen Verwendung gefunden hat. Eine nähere Untersuchung des streitigen Begriffs im Zusammenhang mit den handelsrechtlichen Vorschriften ist jedoch nicht unternommen worden. Die Prüfung des Zusammenhangs zwischen

---

[1]) Unter verschiedenem Titel behandeln das gleiche Gebiet die Dissertationen von Hermann Bormann, Beiträge zur Erklärung der „Geschäftsbesorgung" in § 675 BGB., Göttingen 1901; Alfred Michaelis, Der Begriff der „Geschäftsbesorgung" in § 675 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Rostock 1902; Emil Höchstädter, Der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Dienst- und Werkvertrag (§ 675 BGB.), Erlangen 1905; Otto Albert, Der Begriff „Geschäftsbesorgung" nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1905; Hans Puttkammer, Der Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, Erlangen 1907; August Friedrich Freiherr v. Minningerode, § 675 im Bürgerlichen Gesetzbuch und der Begriff der Geschäftsbesorgung, Marburg 1907; Paul Rumpel, Der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Breslau 1910; Walter Glaser, „Geschäft" und „Geschäftsbesorgung" nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Greifswald 1911; Friedrich W. Ostermeyer, Der Dienst- und Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.), Rostock 1911; Gottfried Brandt, Der Begriff der „Geschäftsbesorgung" im BGB., insbesondere in den §§ 662, 675 und 677, Erlangen 1913; Paul Wittmer, Die Besonderheiten des auftragsähnlichen Dienst- oder Werkvertrages gemäß § 675 BGB., Jena 1916; Otto Becker, Geschäftsbesorgung und Arbeitsleistung im Bürgerlichen Gesetzbuch, Marburg 1923; Franz Fiebach, „Geschäftsbesorgung" als Begriff und Vertragsinhalt, Breslau 1923.

dem Begriff im BGB. und im HGB. und die Bestimmung der Geschäftsbesorgung im § 362 HGB. soll Gegenstand dieser Abhandlung sein.

In den bezeichneten Schriften hat man meist auf § 354 HGB. verwiesen. Gerade aber in dieser Vorschrift leugnen wir ein praktisches Bedürfnis der Bestimmung des Ausdrucks „Geschäfte besorgt", wie unten noch näher zu begründen sein wird. Eine Untersuchung des Begriffs gewinnt erst im Zusammenhang mit § 362 HGB. an Wert, weil das Gesetz — wie im BGB. — eine Definition nicht aufgestellt hat. Umfang und Inhalt des Begriffs „Besorgung von Geschäften für andere" festzustellen, ist in beiden Materien Wissenschaft und Praxis überlassen geblieben. Diese Aufgabe ermangelt keineswegs eines praktischen Bedürfnisses, weil dadurch eine Grenze für den Geltungsbereich des Auftrags und des besonders zu berücksichtigenden § 362 HGB. gezogen wird. Der Verkehr verlangt eine tunlichst scharfe Kennzeichnung der Tatbestände, an die das Gesetz eine besonders einschneidende Rechtsfolge knüpft.

§ 2.

Beiträge zur Geschichte des Begriffs.

Wenn für einen Begriff eine Legaldefinition nicht aufgestellt ist und eine ausschließlich wörtliche oder sprachliche Bestimmung desselben nicht ausreicht, dann ist es das Gegebene, das geschichtliche Werden des Begriffs einer Untersuchung zu unterziehen. Dieser Weg liegt bei der Geschäftsbesorgung im § 362 HGB. um so näher, als diese Vorschrift schon dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch angehörte. Indessen hat der Ausdruck „Besorgung von Geschäften für andere" im ADHGB., im BGB. und im HGB. von 1897 durchaus nicht zuerst Verwendung gefunden[1]). Wir finden den Ausdruck, der auf einer Übersetzung der römischen negotiorum gestio beruhen mag, in gleichem oder ähnlichem Wortlaut in allen bedeutenderen, neueren deutschsprachlichen Kodifikationen des bürgerlichen Rechts[2]). Der Begriff ist dort regelmäßig Grundlage für die Mandatsbestimmungen, deren Anwendbarkeitsgebiet er abgrenzen soll.

---

[1]) Wie man nach irrtümlichen Feststellungen einiger Schriftsteller annehmen könnte: Höchstädter S. 6, Albert S. 5 und Glaser S. 11 und 13.

[2]) Wie verbreitet der Begriff ist, geht aus der Zusammenstellung der verschiedenen Gesetze hervor, die im folgenden in zeitlicher Reihenfolge angeführt sind:

1. Österreichisches Allgemeines BGB. von 1811 §§ 1002 ff. und 1035 ff.
2. Züricher Gesetzbuch von 1855 §§ 1156 ff.

Für uns liegt es nahe, zunächst auf die dem § 362 HGB. entsprechende Bestimmung des ADHGB. zurückzugreifen. Es handelt sich um Art. 323. Dem ADHGB. war der Ausdruck „Besorgung von Geschäften für andere" zwar nicht fremd; es muß aber auffallen, daß gerade an der dem § 362 HGB. entsprechenden Stelle ein anderer Begriff verwendet ist. Art. 323 ADHGB. hatte folgende Fassung:

„§ 1. Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Übernahme des Auftrags gilt ..."

An Stelle von „Besorgung von Geschäften für andere" finden wir die Wendung „Ausrichtung eines Auftrags". Dieser Begriff wurde im neuen HGB., das im wesentlichen auf dem ADHGB. aufbaut, beseitigt und durch „Besorgung von Geschäften für andere" ersetzt. Wie kam es, daß das HGB. von der alten Formulierung abwich und einen Begriff verwandte, den wir im ADHGB. zwar schon im Art. 290[3]) finden, der aber eine sehr ungenaue und daher unbefriedigende Abgrenzung des Anwendbarkeitsbereiches des § 362 brachte?

Die redaktionelle Änderung der Ausdrucksweise steht im engsten Zusammenhang mit der Gestaltung des Auftragsbegriffs im BGB. Ein kurzer Rückblick auf das Werden des modernen Auftragsbegriffs möge dies verdeutlichen.

Im römischen Recht galt ursprünglich für das Mandat das absolute Unentgeltlichkeitsprinzip[4]). Die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse führte allmählich dazu, daß Sklavenarbeit auch von Freien

---

3. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861 Art. 290.
4. Sächsisches BGB. von 1863 §§ 1295 ff. und 1339 ff.
5. Schweizerisches Bundesgesetz über das Obligationenrecht von 1881 §§ 392 ff. und 469 ff.
6. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich von 1896. Hier sind vor allem zu nennen die Vorschriften des 10. und 11. Titels der Schuldverhältnisse, ferner die §§ 196 Ziff. 1, 7 u. 15, 831 Abs. 2, 1357, 1959, 1978.
7. Handelsgesetzbuch von 1897 §§ 354, 362, 384 Abs. 2 und auch § 406.
8. Deutsche Reichskonkursordnung von 1898 §§ 23 Abs. 2 und 27.
9. Nach dem BGB.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1911 Art. 394 ff.

[3]) Art. 290 ADHGB., der dem § 354 HGB. entspricht, hatte folgende Fassung: „Ein Kaufmann, welcher in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Kaufmann oder Nichtkaufmann Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne vorherige Verabredung Provision ... fordern."

[4]) L. 1 § 4 D. 17, 1: „... mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit."

übernommen wurde, da letztere nunmehr auf Verdienst durch eigener Hände Arbeit angewiesen waren. Dadurch wurden die ursprünglichen, strengen Anschauungen gelockert. Es bildete sich ein Dienstvertrag Freier. Bei den operae liberales wurde ein salarium ausdingbar. Man begann also neben der bislang uneingeschränkten Unentgeltlichkeit des Mandats auch die Zulässigkeit eines Entgeltes anzuerkennen[5]). Diese Auffassung wurde rezipiert[6]). Mit der Rezeption findet man in Deutschland einen Auftragsbegriff vor, der das ursprüngliche Merkmal der Unentgeltlichkeit als entscheidendes Begriffskriterium schon in der Hauptsache verloren hatte. Das gemeine Recht ließ die Vereinbarung eines Entgeltes zu[7]), verwischte dadurch aber auch die Grenze zwischen Dienst- und Werkvertrag auf der einen und Auftrag auf der anderen Seite. Dasselbe Rechtsverhältnis konnte bald in die eine, bald in die andere Kategorie eingestellt werden[8]). Die neueren Gesetzbücher haben diese keineswegs zufriedenstellende Regelung sämtlich aufgenommen[9]). Sie findet auch ihren Niederschlag in der Wortfassung des Art. 323 ADHGB., der im Zusammenhang mit Art. 290 unter Auftrag entgeltliche Tätigkeit verstanden wissen wollte.

Der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich hat diesen Zustand nicht beseitigt. Wenn man auch in der Theorie des gemeinen Rechts noch vereinzelt an dem altrömischen Grundsatz festgehalten hatte und in der Unentgeltlichkeit des Mandates gerade das charakteristische Merkmal gegenüber dem Dienst- und Werkvertrag gesehen hatte, so glaubte man jetzt keine Änderung vornehmen zu müssen, obwohl man die hier ruhenden Schwierigkeiten durchaus nicht verkannt hatte[10]). Der erste Entwurf stimmt also mit der damaligen Lebensauffassung und der Gesetzgebung überein. Wenn dort auch zum Teil hervorgehoben wird, daß das Mandat unentgeltlich sei,

---

[5]) D. 17, 1 leges 6, 7, 10 § 9 et 26 § 8.

[6]) Auch dem älteren deutschen Recht waren Aufträge bekannt. Allein ein Bedürfnis zur Ausbildung eines allgemeinen Vertragstypus für Aufträge war nicht vorhanden. Vgl. zum nordischen Recht v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I, 686 ff. und II, 822 ff.

[7]) Was für das einheimische Recht stets gegolten hatte. Vgl. Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht 1927 Bd. III § 203 S. 719.

[8]) Vgl. Riezler, Der Werkvertrag S. 73.

[9]) Preuß. ALR. I, 13 §§ 74 ff.; cod. civ. art. 1999; Österr. BGB. § 1004; Schweiz. ObIR. Art. 392; Sächs. BGB. § 1299.

[10]) Es lag auch gar nicht im Willen des Gesetzgebers, den alten Streit über das Wesen des Auftragsvertrages zu erledigen und hier eine Definition zu geben. Man beschränkte sich darauf, auf die bestehenden Verschiedenheiten zwischen Dienst- und Werkvertrag hinzuweisen, und glaubte die Ergründung und Feststellung dieser Verschiedenheiten der Wissenschaft überlassen zu können. Mot. II S. 526.

so wird doch meist zugleich ausgesprochen, daß durch die Vereinbarung einer Vergütung an dem Wesen des Mandats nichts geändert werde[11]). Dieser Gedanke kommt im Entwurf besonders deutlich im § 586 zum Ausdruck. Er lautete:

„Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrags dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren. Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Ausführung des Auftrags nur gegen eine Vergütung zu erwarten war."

Der zweite Satz des § 586 räumt mit dem Moment der Unentgeltlichkeit des Auftrags entgültig auf. Er richtet sich gegen die Auffassung, als ob, weil die Unentgeltlichkeit dem Wesen des Auftrags entspreche, die Vermutung gegen die dem Beauftragten eine Vergütung zusichernde Vereinbarung spreche. Danach kann der Auftrag sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich sein, unter Umständen ist sogar Entgeltlichkeit zu vermuten.

Die lebhafte Kritik an dem ersten Entwurfe und den Motiven beweist, daß diese Kompromißlösung nicht befriedigte[12]). Dem Verlangen auf Schaffung einer erkennbaren Abgrenzung des Auftrags von dem entgeltlichen Dienst- oder Werkvertrag und auf Rückkehr zu dem altrömischen Grundsatze der Unentgeltlichkeit des Mandates wurde die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs gerecht, indem sie im § 585 ausdrücklich hervorhob, daß Gegenstand des Auftrags nur unentgeltliche Geschäftsbesorgung bilde. Man beschloß folgende Fassung:

„Durch die Annahme des Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, das ihm vom Auftraggeber aufgetragene Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen."

Damit wurde die bisherige Auffassung endgültig aufgegeben; das Unentgeltlichkeitserfordernis des Mandates wurde das augenscheinliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Auftrag und Dienst- und Werkvertrag.

Wenn man nunmehr unter „Auftrag" lediglich unentgeltliche Besorgung von Geschäften verstehen wollte, so mußte man den Ausdruck „Auftrag" im Art. 323 ADHGB., der den bisherigen Anschauungen entsprach, ausmerzen, da die Bestimmung nur entgeltliche Tätigkeit treffen sollte[13]). Dies geschah mit der Revision des Handelsgesetz-

---

[11]) Vgl. Mot. II S. 526.

[12]) Loewenfeld in Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 858 ff.; Bernhöft a. a. O. S. 63.

[13]) Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. I S. 201.

buches[14]). Man wählte den Begriff „Besorgung von Geschäften für andere", den man bereits in der Auftragsdefinition verwendet hatte und der sich gegenüber der Entgeltsfrage neutral verhielt.

Die Abänderung der Wortfassung des Art. 323 ADHGB. resultiert also aus der formal-juristischen Umgestaltung des Auftragsinstituts. Es ist eine Anpassung an dessen neue Form erfolgt. Nicht etwa lebt in der Geschäftsbesorgung des § 362 HGB. der gemeinrechtliche Mandatsbegriff mit seinen Streitfragen wieder auf. Wenn Staub seine Behauptung[15]): Schon Art. 323 ADHGB. hatte nach seinem Wortlaut nur das eigentliche Mandat im Auge, woran das neue Recht nichts ändern wollte — folgerichtig durchführen würde, so müßte er auch den Streit über die operae liberales und illiberales auf das geltende Recht übertragen. Dafür bestehen aber Anzeichen um so weniger, als das neue Recht diesen Unterschied gerade durch Zusammenfassung von Diensten höherer und niederer Art unter den Begriff des Dienstvertrages beseitigt und den Text des § 362 HGB. in Anlehnung an die Ausdrucksweise des modernen Auftragsrechts umgestaltet hat. Gegenüber Art. 323 ADHGB. lassen sich auch sonstige Abweichungen feststellen[16]).

Eine Untersuchung der übrigen älteren Gesetze, soweit darin von Besorgung von Geschäften für andere gesprochen oder das Mandat definiert wird, ist schon besonders eingehend von Albert[17]) unternommen worden. Wir können uns darauf beschränken, auf seine Ausführungen zu den einzelnen Gesetzen zu verweisen, weil sich irgendwelche Anhaltspunkte für die Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung aus dem älteren Recht nicht herleiten lassen. Die Verwendung des Begriffs „Besorgung von Geschäften für andere" ist dort eher geeignet, Verwirrungen an Stelle gewünschter Klarheit hervorzubringen, weil abweichend vom geltenden Recht die Institute Auftrag und Vollmacht noch eng miteinander verbunden sind. Auch hat der Begriff überall Unklarheiten und Streitfragen hervorgerufen, die dem geltenden Recht nicht unbekannt oder wenigstens doch nicht unähnlich sind. Dem BGB. am nächsten steht noch das Schweizer Recht, weil es — wie das BGB. — von der Verkettung von Auftrag und Vollmacht im Gegensatz zu anderen Kodi-

---

[14]) In einigen Gesetzen, die nicht revidiert wurden, ist daher der Ausdruck „Auftrag" in jenem alten Sinne stehen geblieben. Vgl. § 32 der Rechtsanwaltsordnung und §§ 3, 5 und 8 des Depotgesetzes.

[15]) Staubs Komm. § 362 Anm. 2 a. E.

[16]) Nach § 362 Abs. 1 Satz 1 soll die Bestimmung nur auf den Geschäftsbesorgungskaufmann Anwendung finden. Art. 323 ADHGB. rechnete ebenso wie der Entwurf I § 333 und der Entwurf II § 354 ohne eine solche Einschränkung jeden Kaufmann hierher.

[17]) a. a. O. S. 41; ebenfalls Glaser a. a. O.

fikationen, insbesondere auch zum römischen Recht, abgewichen ist und beide Institute streng getrennt behandelt. Die Erörterungen Alberts bedürfen hier einer wichtigen Ergänzung, da das ObIR.[18]) inzwischen umgestaltet ist. Während das ObIR. (§ 392) den Auftrag nur als eine „Geschäftsbesorgung" definierte, hat man diese Fassung im Schweizerischen Zivilgesetzbuch erweitert, indem nunmehr im Art. 394 von „Geschäfte oder Dienste vertragsgemäß besorgen" gesprochen wird. Der Kern der Streitfrage, ob man dem Begriff nur Rechtsgeschäfte oder auch Dienste tatsächlicher Art hinzuzurechnen habe, ist somit durch das Gesetz selbst zugunsten der letzteren Auffassung entschieden worden. Allerdings hat man die engere Ausdrucksweise in den Art. 419 und 422 beibehalten. — Wir werden im einzelnen zum Vergleich auf das Schweizer Recht zurückkommen.

§ 3.

Der Begriff im HGB. und im BGB.

Der Begriff der Geschäftsbesorgung findet sich im HGB. außer in dem § 362 auch in den §§ 354 und 384 Abs. 2, im BGB. neben den meisten Vorschriften des 10. und zum Teil auch des 11. Titels der Schuldverhältnisse auch in den §§ 196 Ziff. 1, 7 und 15 (Verjährungsfristen für Geschäftsbesorgungen), 831 Abs. 2 (Beispiele für Geschäftsbesorgungen), 1357 (Geschäftsbesorgung der Ehefrau), 1959 und 1978 (Besorgung erbschaftlicher Geschäfte). Dazu kommen ferner einige besondere Beendigungsvorschriften für Geschäftsbesorgungsverträge im Sinne des § 675 BGB. in der Konkursordnung, §§ 23 Abs. 2 und 27.

An diese Zusammenstellung knüpfen sich zwei lebhaft umstrittene, sich eng berührende Probleme.

1. Ist der Begriff der Geschäftsbesorgung ein einheitlicher oder hat man im BGB. und im HGB. mit verschiedenen Geschäftsbesorgungsbegriffen zu operieren?

2. Ist die Geschäftsbesorgung gegenüber der gewöhnlichen Dienst- oder Werkleistung (zusammengefaßt: Arbeitsleistung)[1]) abzugrenzen?

[18]) Vgl. dazu Suter, Der entgeltliche Auftrag im Schweizerischen Obligationenrecht, Berner Diss. 1904, S. 16 ff.

[1]) Die häufige Zusammenfassung von Dienst- und Werkleistung läßt es als wünschenswert erscheinen, für beide Arbeitsarten einen gemeinschaftlichen Ausdruck zu verwenden. Wir werden uns des Ausdrucks „Arbeitsleistung" oder „Arbeitsvertrag" bedienen und darunter nach dem Vorschlage Rümelins (Dienstvertrag und Werkvertrag S. 16), der sich allmählich durchgesetzt hat, den Vertrag verstehen, in dem die eine Partei Entgelt, die andere Arbeit verspricht.

In welchem Umfange und nach welchen Gesichtspunkten hat das zu geschehen?

Die Tragweite des ersten Problems wird deutlich, wenn man sich vergewissert, daß diese Frage schon innerhalb des Auftragstitels verschiedene Beantwortung gefunden hat, obwohl es das gegebene ist, daß ein Begriff in zusammenhängenden und nach einheitlichen Gesichtspunkten geschaffenen Vorschriften auch eine gleichbleibende Bedeutung hat. Wenn man aber schon für verschiedene Vorschriften innerhalb des gleichen Titels in demselben Gesetzbuch eine grundsatzändernde Modifizierung eines äußerlich völlig gleichen Ausdrucks berechtigt oder unberechtigt annehmen zu müssen glaubt, dann muß es doppelt fraglich erscheinen, ob der gleiche Ausdruck in einem anderen Gesetzbuch — auch wenn er in einer verwandten Materie gebraucht ist — diesen Begriffen entspricht. Je nachdem die Untersuchungen über die Einheitlichkeit des Begriffs innerhalb der Auftragsvorschriften zu verschiedenen Ergebnissen gelangen, ist zu prüfen, ob der Begriff „Besorgung von Geschäften für andere" mit dem einen oder dem anderen Ergebnis oder mit keiner Begriffsbestimmung im BGB. harmoniert, oder ob schließlich doch für alle Vorschriften grundsätzlich ein einheitlicher Geschäftsbesorgungstatbestand anzunehmen ist, der höchstens durch das Gebiet, dem die Geschäfte angehören, differenziert ist. Werden doch die typisch erbschaftlichen Geschäfte und die Geschäfte des Kaufmannes meist in anderer Richtung liegen als die normalen Auftragsgeschäfte. Die Erläuterung des terminologischen Zusammenhangs zwischen HGB. und BGB. ist um so bedeutungsvoller, weil beide Gesetze gerade hier wie ein Zahnräderwerk ineinandergreifen.

Wir wenden uns vorerst dem § 362 HGB. zu. Diese Bestimmung legt dem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, in gewissen Fällen eine Antwortpflicht auf, die in der im Handelsverkehr gebotenen Sicherung des Verkehrs und Ausnutzung von Zeit und Gelegenheit ihren gesetzespolitischen Grund haben mag, und knüpft an deren Versäumung eine besonders einschneidende Rechtsfolge. Ohne des näheren auf das Gebiet der Willenserklärungen eingehen zu wollen, sei doch hervorgehoben, daß es zum Abschluß eines Vertrages der einwilligenden Entschließung des anderen Teils bedarf, ohne welche diesem nicht ohne weiteres Rechte aufgedrängt, vor allem aber nicht Verpflichtungen auferlegt werden können. Von beiden Seiten müssen Willenserklärungen vorliegen, die inhaltlich miteinander in Einklang stehen. Was der eine vorgeschlagen hat, muß der andere angenommen haben: Der Vertrag kommt durch Vertragsantrag u n d Annahme des Vertragsantrags zustande. Grundsätzlich steht es dem Adressaten frei, den ihm vom Adressanten ge-

machten Antrag abzulehnen. Nicht etwa besteht im § 362 HGB. ein Rechtszwang zum Vertragsabschluß [2]). Der Antragsempfänger kann sich aber auf Grund eines besonderen Tatbestandes zur Annahme des Antrages verpflichtet haben [3]); endlich kann ein gesetzlicher Kontrahierungszwang bestehen [4]). Geht abgesehen von diesen Sonderfällen dem Adressaten ein Antrag irgendwelcher Art zu, so ist es für ihn nicht von Nachteil, wenn er auf den Antrag nicht eingeht und ihn unbeantwortet läßt. Dadurch ist der Antrag schon abgelehnt, ohne daß sich Rechtswirkungen irgendwelcher Art daran knüpfen. Dieser Grundsatz erfährt schon im BGB. in § 663 eine wesentliche Einschränkung:

„Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat."

Wird die Ablehnung dem Auftraggeber nicht unverzüglich mitgeteilt, so kommt zwar der Vertrag nicht zustande, da ein Annahmewille fehlt. Insofern kann auch § 151 BGB. [5]) nicht angewendet werden, da diese Vorschrift gerade einen sich aus dem Verhalten des Adressaten ergebenden Annahmewillen voraussetzt und es nur in gewissen Fällen der Erklärung dieses Willens nicht bedarf. Wenn aber der Adressant gemäß § 663 BGB. auf das Zustandekommen des Vertrages vertrauen durfte, da der Antrag nicht abgelehnt wurde, so entsteht aus der Verletzung der Antwortpflicht für den Adressaten die Verpflichtung, dem Adressanten Schadensersatz zu leisten.

Über die Rechtsfolge des § 663 BGB. geht § 362 HGB., dessen Voraussetzungen gegenüber § 663 nur wenig verändert sind, ganz wesentlich hinaus:

„Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung

---

[2]) ROHG. 15, 273.

[3]) z. B. wenn er einen diesbezüglichen Vorvertrag geschlossen hat. Das kann beim Girovertrag i. w. S. der Fall sein, wenn sich die Bank verpflichtet hat, Geschäftsbesorgungen bankmäßiger Art auszuführen, wenigstens solange auf dem Konto des Kunden Deckung vorhanden ist. Vgl. Koenige zu § 362 HGB.

[4]) Beispiele: § 453 HGB., § 3 ReichspostG., § 5 ReichstelegrG.

[5]) § 151 BGB. lautet: „Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder der Antragende auf sie verzichtet hat ..."

steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrages. Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat." ...

Während bei einer Verletzung der Antwortpflicht in einem Anwendungsfalle des § 663 BGB. der Vertrag nicht zustande kommt und Schadensersatz zu leisten ist, gilt hier der Antrag als angenommen und ein Vertrag mit dem Inhalt des Antrags für beide Teile als bindend geschlossen [6]). Allerdings ist erforderlich, daß die besonderen Voraussetzungen des § 362 HGB. erfüllt sind. Der Adressat muß die Kaufmannseigenschaft besitzen. Dabei ist es gleichgültig, ob er Vollkaufmann oder nur Minderkaufmann (§ 4 HGB.) ist oder ob es sich um Personen handelt, die sich nach § 5 HGB. als Kaufmann behandeln lassen müssen. Voraussetzung ist ferner, daß der Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, wie es z. B. regelmäßig beim Bankgeschäft der Fall ist. Der Antrag muß sich mit der Besorgung solcher Geschäfte befassen, worauf unten ausführlich einzugehen sein wird. Zwischen Adressant und Adressat muß eine Geschäftsverbindung bestehen, d. h. es muß die Absicht vorliegen, mit gewisser Regelmäßigkeit Geschäfte miteinander abzuschließen oder für gewisse Dauer miteinander im Geschäftsverkehr zu stehen [7]), ohne daß sich der bisherige Verkehr mit Besorgungen der beantragten Art befaßt zu haben braucht. Die Beantwortungspflicht besteht auch dann, wenn sich der Adressat dem Adressanten gegenüber zur Besorgung der Geschäfte erboten hat. Jedoch kommt ein öffentliches Erbieten — wie in § 663 BGB. — hier nicht in Betracht [8]).

Liegen sowohl die Voraussetzungen des § 362 HGB. wie die des § 663 BGB. vor, so verdrängt § 362 den § 663, da diese Vorschrift dem BGB. als lex specialis vorgeht [9]). Liegen die besonderen Voraussetzungen des HGB. nicht vor — es wird in vielen Fällen an einer bestehenden Geschäftsverbindung fehlen —, so ist wieder § 663 BGB. anwendbar, der auch den Kaufmann trifft. Mit § 151 BGB. steht § 362 HGB. nicht in Widerspruch. Denn § 151 verzichtet nicht auf die Antragsannahme, wohl aber auf die Annahmeerklärung, während § 362 auf die Annahme überhaupt verzichtet.

[6]) In älteren Rechten überwiegt die Fiktion der Auftragsannahme. Wir finden sie im Preuß. ALR. I, 13 §§ 13—17; Zür. BGB. § 1159; Sächs. BGB. § 1298; Schweiz. ObIR. Art. 393; hess. Entwurf Art. 272 Abs. 2.

[7]) Vgl. RG. 28 S. 322.

[8]) Die Versendung eines Massenzirkulars erfüllt den Tatbestand des § 362 HGB. noch nicht.

[9]) EG. z. HGB. Art. 2 Abs. 1.

Die Gegenüberstellung der §§ 362 HGB. und 663 BGB. zeigt, daß beide Bestimmungen nicht ohne Parallelen sind. Die Bedeutung des § 663 liegt auch weniger auf dem Gebiet des unentgeltlichen Auftrags, und Beispiele, in denen sich jemand zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung öffentlich erbietet, dürften selten sein und zu Ausnahmefällen gehören [10]). Die Hauptbedeutung des Paragraphen liegt darin, daß er durch § 675 BGB. auch auf entgeltliche Dienst- und Werkverträge, soweit diese eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, für anwendbar erklärt wird. Gerade mit solchen Geschäftsbesorgungen hat es § 362 HGB. zu tun, denn die Kaufmannstätigkeit ist regelmäßig entgeltlich (§ 354 HGB.). — Die Verwandtschaft der Tatbestände in den §§ 362 HGB. und 663 BGB. wäre Veranlassung genug, um die inhaltliche Gleichheit des Begriffs in beiden Bestimmungen zu bejahen. Ehe wir jedoch diesen bindenden Schluß ziehen, ist das Verhältnis des § 663 zu den übrigen Auftragsvorschriften zu prüfen. Besonderes Interesse erweckt § 675, da dort besonders markant auf bestehende Grenzlinien zwischen Geschäftsbesorgung und anderer Tätigkeit hingewiesen ist.

Bei den Vorarbeiten zum BGB. war man sich von vornherein über die Tragweite der Geschäftsbesorgung nicht klar geworden. Nachdem die zweite Kommission die Beseitigung des entgeltlichen Auftrags beschlossen hatte und auf die Fälle, in welchen nach dem ersten Entwurf ein solcher zu unterstellen war, einige der für den Auftrag vorgesehenen Vorschriften in dem § 603a (Gesetz § 675) übertrug, warf man die Frage auf, in welchem Sinne eigentlich die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung zu verstehen sei. Man wünschte eine Verdeutlichung, da in der Ausdrucksweise der beantragten Bestimmung für die Auslegung des Begriffs keine bezeichnenden Merkmale gesetzt seien und ein Streit über die Tragweite der Vorschrift zu befürchten sei. „Die Kommission war jedoch der Ansicht, daß die Entscheidung dieser Frage der Wissenschaft überlassen werden könne, da sich der Begriff der ‚Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung' im Rahmen einer Gesetzesbestimmung auch durch eine anderweite Fassung nicht erschöpfend verdeutlichen lasse."[11]) Die Befürchtungen, die in der 2. Kommission geäußert wurden, sind

[10]) Beispiele: Der Syndikus eines Automobilklubs, der den Mitgliedern unentgeltliche Rechtsauskünfte zu erteilen hat; ein Verkehrsbüro, das sich zur unentgeltlichen Erteilung von Reiseauskünften und zum Nachweis von Wohnungen erboten hat; der Bankier, der von einer Aktiengesellschaft bestellt ist, um unentgeltlich die Vorlegung von Aktien zum Umtausch zu besorgen (Beispiel von Hellmann, KritVJSchr. Bd. 41 S. 22). Siehe auch HansGZ. 1908 Nr. 47: Ein Gastwirt hatte sein Lokal durch Aufschrift am Fenster als „Paketannahme für sämtliche Vororte" bezeichnet.

[11]) Prot. II S. 377.

eingetreten. Gerade im Zusammenhang mit § 675 hat die Literatur die verschiedensten Stellungen eingenommen. Man ist sich bis jetzt noch nicht darüber klar, ob der Begriff wenigstens in den §§ 662 und 675 einheitlich aufzufassen und wie er gegenüber der gewöhnlichen Arbeitsleistung abzugrenzen ist. In der Hauptsache werden drei Auffassungen vertreten:

1. Die eine Auffassung behauptet die Gleichartigkeit des Begriffs „Geschäftsbesorgung" in den §§ 662, 675 und 677. Ein Unterschied zwischen Geschäftsbesorgung und Arbeitsleistung überhaupt soll aber nicht gemacht werden. Jedes Tätigwerden für einen anderen soll auch Geschäftsbesorgung sein. Technische Bedeutung [12]) komme dem Begriff nicht zu.

2. Die andere Auffassung verteidigt diese weiteste Auslegung des Begriffs nur für die §§ 662 und 677. Nur in diesen Paragraphen umfasse der Begriff jede Entfaltung einer Tätigkeit für einen anderen. In § 675 dagegen sei eine Einschränkung zu machen. Der Begriff habe also in § 675 technische Bedeutung, nicht in den übrigen Bestimmungen.

3. Die dritte Meinung unterscheidet grundsätzlich zwischen Arbeitsleistung im allgemeinen und Geschäftsbesorgung. Der Begriff sei in den bezeichneten Vorschriften gleichmäßig gegenüber der Arbeitsleistung einzuschränken und sei daher von gleicher und technischer Bedeutung.

I. Hauptvertreter der ersten Auffassung ist Hachenburg [13]): Wenn § 675 zwar von einem Dienst- oder Werkvertrage spreche, „der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat", so lasse sich daraus eine verwertbare Unterscheidung von anderen Dienst- und Werkverträgen nicht ableiten. Eine andere Feststellung als die, daß Tätigkeit jeder Art hierhergehöre, sei nicht möglich.

Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Schon aus der Technik des Gesetzes ergeben sich zahlreiche Widersprüche. Hätte man unter dem Begriff Tätigkeit jeder Art verstehen wollen, dann hätte man eine nach dieser Auffassung tautologische Wortfassung mehrerer Vorschriften vermeiden müssen: Das Gesetz hätte im § 196 Ziff. 1 nicht „Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte" nebeneinanderzustellen, in Ziff. 7 das. und im § 354 HGB. nicht „Besorgung fremder Geschäfte oder Leistung von Diensten" zu formulieren brauchen, wenn das eine oder andere genügt hätte. Nicht

---

[12]) Wenn nur eine durch gewisse Momente qualifizierte Tätigkeit darunter fallen soll.

[13]) Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag S. 12; die gleiche Ansicht wird vertreten von Düringer-Hachenburg, BGB. 1901 § 354 N. III 2a, § 362 N. II; Rumpel a. a. O. S. 70; Greiff § 675 Anm. 1.

anders verhält es sich mit dem vielumstrittenen Relativsatz im § 675: „Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat." Nach Hachenburg wäre diese Vorschrift ohne weiteres auf das ganze Gebiet der Dienst- und Werkverträge auszudehnen. Das heißt aber, dem § 675 eine widersinnige Fassung zumuten: Der Relativsatz wäre überflüssig! Die Fassung des Gesetzes berechtigt vielmehr zu dem entgegengesetzten Schluß, daß nicht jede Arbeitsleistung als Geschäftsbesorgung anzusehen ist. Zwar ist es zwecklos und unmöglich [14]), die Trennung von Geschäftsbesorgung und Dienstleistung an Hand der §§ 196 Ziff. 1 u. 7 BGB. und 354 HGB. zu versuchen, da in beiden Bestimmungen Geschäftsbesorgung und Dienstleistung zu einem Ganzen vereinigt werden; das Wort „oder" soll dort die Begriffe nicht ausschließen, sondern nebeneinanderstellen; beide Begriffe zusammengenommen sollen den Umfang des Anwendbarkeitsgebietes der genannten Vorschriften verdeutlichen. Nur in diesen Bestimmungen kann man von jedem Tätigwerden sprechen, nicht so in den Vorschriften, in denen allein von Geschäftsbesorgung die Rede ist. Die §§ 196 Ziff. 1 u. 7 BGB. und 354 HGB. liefern kein Argument für die Hachenburgsche Ansicht, sondern bestenfalls dagegen.

Nun kann es möglich sein, daß die Voraussetzungen, von denen der Gesetzgeber bei der Wortfassung des § 675 ausgegangen ist, sich später als nicht gegeben herausgestellt haben, weil das tägliche Leben einen Unterschied zwischen Tätigkeit jeder Art und Geschäftsbesorgung nicht kennt und auch keine besonderen Regeln beansprucht. Wie sich noch unten zeigen wird, entspricht jedoch die Unterscheidung des Gesetzes zwischen Geschäftsbesorgung und Dienstleistung durchaus dem Lebensbedürfnis. Es gibt Tätigkeiten, welche die komplizierten Auftragsregeln keineswegs bedingen. Die Anwendung der im § 675 aufgezählten Vorschriften auf das Gebiet der mechanischen, unselbständigen Arbeit würde geradezu zu unangemessenen Resultaten führen. Insbesondere wird noch darzulegen sein, daß § 663 für die Arbeit, die in abhängigen Dienstverhältnissen geleistet wird, schlechthin unanwendbar ist. Der Knecht, der unter ständiger Aufsicht des Dienstherrn Holz hackt, gräbt, pflügt, der Handlungsgehilfe, der Waren verpackt, Briefe frankiert oder dem Chef irgendwie zur Hand geht, braucht kein Recht, gemäß dem er von den Weisungen des Dienstherrn abweichen darf. Er kann den Dienstherrn jederzeit fragen. Umgekehrt kann sich der Dienstherr stets über die Verrichtungen des Dienstverpflichteten informieren. Dazu bedarf es keiner besonderen gesetzlichen Benachrichtigungs- oder Auskunfts-

[14]) Vgl. Düringer-Hachenburg § 354 N. III.

pflicht. Eine Rechenschaftspflicht entfällt, da der Dienstberechtigte den geschäftlichen Teil selbst in der Hand hat. Gleiches gilt für die Zins-, Vorschuß- und Aufwendungsersatzpflicht usf. Die Regeln des Dienst- oder Werkvertrages reichen für das Gebiet dieser Arbeit vollständig aus. Die Scheidung, die der Gesetzgeber in § 675 zwischen Arbeitsleistung und Geschäftsbesorgung getroffen hat, widerspricht also keineswegs dem Bedürfnis des Lebens.

II. Die andere Auffassung mißt dem streitigen Begriff im § 675 technische und engere Bedeutung zu als in den restlichen Auftragsbestimmungen. Hauptvertreter ist Enneccerus[15]). Nach seiner Ansicht können „alle Verrichtungen, die Gegenstand von Dienst- und Werkverträgen sein können", auch Gegenstand des Auftrags sein. Danach hat man den Geschäftsbesorgungsbegriff des § 662 der gewöhnlichen Arbeitsleistung gleichzusetzen. Eine nähere Begründung wird nicht gegeben. Enneccerus führt aus, daß eine weitere Einschränkung „des eingebürgerten Mandatsbegriffs" nirgends zu erkennen sei[16]). In § 675 soll dagegen die Geschäftsbesorgung in einem anderen, engeren Sinne zu verstehen sein.

An sich ist es das Gegebene, den Geschäftsbesorgungsbegriff innerhalb desselben Titels gleichmäßig aufzufassen. Schränkt man aber den Begriff im § 662 ein, so wird die Übernahme rein faktischer, unentgeltlicher Verrichtungen nicht von dem Auftragsbegriff umfaßt, und eine ausdrückliche rechtliche Regelung würde fehlen. Trotzdem kann nicht daraus hergeleitet werden, daß jede Verrichtung dem § 662 unterfällt, weil dann ebenfalls die tautologische Formulierung des Gesetzes in den §§ 196 Ziff. 1 und 7 BGB. und 354 HGB. unerklärt bliebe. Man könnte weiter fragen, warum die Wendung „Geschäfte besorgen und Dienste leisten" nicht auch dem § 662 zugrunde gelegt wurde, wie es im Schweizerischen Zivilgesetzbuch[17]) geschehen ist, da man doch schon während der gesetzgeberischen Vorarbeiten die sich daran knüpfenden Schwierigkeiten erkannt hatte. Wenn die Vertreter dieser Lehre dann für § 675 eine Einschränkung des Begriffs vornehmen, so ist das nur ein notwendiges, sich schon aus dem Text des Gesetzes ergebendes Zugeständnis. Denn unter der Voraussetzung, daß § 662 jede Arbeitsleistung umfaßt, muß man für § 675 einen engeren Geschäftsbesorgungsbegriff annehmen, da aus dessen Formulierung zweifelsfrei

---

[15]) Enneccerus 1923 § 380, aufrechterhalten auch in der 11. Bearbeitung 1930 (Lehmann) § 161 S. 534; gl. M. Staub § 362 Anm. 1 S. 467; Diss. von Bormann S. 14 und von Minningerode S. 26, Puttkammer S. 8 und Glaser S. 28.

[16]) a. a. O. Anm. 5.

[17]) Schw. ZGB. von 1911 Art. 394. Vgl. oben S. 7.

ersichtlich ist, daß die Bestimmung nicht auf sämtliche Arbeitsverträge Anwendung finden soll, sondern eben nur auf die Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Ohne eine Einschränkung des Begriffs würde man dem Relativsatz jeden Zweck nehmen. Eine weitere Begründung für die Annahme, daß die Geschäftsbesorgung des § 662 im Gegensatz zu der des § 675 Tätigkeit jeder Art umfasse, ist von den Vertretern jener Lehre nicht erbracht. Auch verkennen sie das Wesen der Institute „Auftrag" und „Dienst- und Werkvertrag", wenn sie in der Unentgeltlichkeit das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen Auftrag und den Arbeitsverträgen sehen wollen [18]). Diese Ansicht trifft nur das Richtige, wenn die Arbeitsverträge eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben.

III. Die Mehrzahl der Schriftsteller pflichtet der auch in dieser Schrift vertretenen, letzteren Auffassung bei [19]), wenigstens doch in Ansehung der §§ 662 und 675 [20]). Zwischen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung ist nach Gesetz und Lebensauffassung ein Unterschied zu machen. Der Ausdruck „Geschäft besorgen" im § 662 ist also nicht in jenem weiteren Sinne der beiden oben behandelten Meinungen zu verstehen. Er hat dieselbe Bedeutung wie die Geschäftsbesorgung in § 675.

Nun könnte man schon bei einer Betrachtung der Wortfassung des § 675 an dieser These zweifeln, weil dort die Worte „für andere" fehlen. Es wird also nicht ausdrücklich betont, daß das Geschäft für einen anderen besorgt werden müsse, daß es ein fremdes Geschäft sein muß. Und doch läßt sich ein grundsätzlicher Unterschied der wörtlichen Abweichung des Gesetzes nicht entnehmen. Zwar wird dem Ausdruck „Besorgung" allein nicht notwendig der Sinn unterstellt, das vom Beauftragten besorgte Geschäft müsse ein fremdes Geschäft sein. Man spricht auch von der Besorgung eigener Geschäfte. Dennoch kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Geschäftsbesorger in § 675 ein Geschäft für einen anderen zu besorgen hat, denn das Merkmal, das die Leistungen des Auftrags und der Geschäftsführung ohne Auftrag, sowie

---

[18]) So Enneccerus § 380 I, 2; Puttkammer S. 9; Glaser S. 28.

[19]) Oertmann Vorbem. 2a zu § 662 (der in der 1. Aufl. vertretene Standpunkt, die G. sei in einem engeren Sinne nur im § 675 zu verstehen, ist aufgegeben, vgl. 1. Aufl. § 675 A 1b); Isay S. 44; Brückmann S. 27; Riezler S. 75; RGRKomm. Vorbem. 6 z. 10. Titel der Schuldv. Anm. 2; Lenel in JherJahrb. Bd. 44 S. 41; ferner die Diss. von Michaelis, Höchstädter S. 11f., Brandt S. 5 und Wittmer S. 26.

[20]) Lotmar Bd. I S. 275; Crome, Die Partiarischen Rechtsgeschäfte S. 255; Bernau a. a. O. Bd. 44 S. 234; ferner die Diss. von Albert S. 80 und Rumpel S. 33f.

die des Dienst- und Werkvertrages des § 675 von anderen rechtlich erheblichen Tätigkeiten unterscheidet, ist das Handeln für einen anderen[21]). Wir können die Worte „für einen anderen" daher unbedenklich in § 675 ergänzt denken[22]). Dem steht auch in den §§ 663, 667 und 671 Abs. 2 nichts im Wege[23]).

Die Anschauung, daß der Begriff in den §§ 662 und 675 gleichbedeutend sei, wird vertieft durch eine kurze Untersuchung der Entstehungsgeschichte des § 675. Der § 675 wurde nach der Beseitigung des entgeltlichen Auftrags erforderlich für solche Fälle, in denen nach dem Entwurf ein entgeltlicher Auftrag zu unterstellen war, und die ohne diese Vorschrift ausschließlich als gewöhnliche Dienst- und Werkverträge zu behandeln gewesen wären, während die meisten der für den Auftrag geltenden Rechtssätze auch für solche Arbeitsverträge mit auftragsähnlichem Charakter passen. Die ursprüngliche Fassung des § 675 bringt einen deutlichen Hinweis auf den naheliegenden Umstand, daß man in dem damaligen § 603a die Regelung des Auftrags fortsetzen wollte und deshalb auch an den Wortlaut der Auftragsdefinition im § 585 anknüpfte:

„Die Vorschriften der §§ 590 bis 595, 599 bis 603 finden entsprechende Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung in einem Dienst- oder Werkvertrage übernommen ist." Wenn man von einer Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung sprach, so konnte man eben nur die Geschäftsbesorgung meinen, von der bereits in den unmittelbar vorhergehenden Vorschriften die Rede gewesen war[24]). Allerdings wurde der oben angeführte Wortlaut nicht in dieser Gestalt Gesetz, und der heutige § 675 spricht nur noch von einem Dienst- oder Werkvertrag, „der eine Geschäftsbesorgung zu Gegenstande hat". Daraus läßt sich aber nicht herleiten, daß nunmehr an einen anderen Begriff zu denken ist. — Gewisse Argumente lassen sich ferner aus der Systematik des Gesetzes selbst ziehen. Es muß auffallen, daß die besonders umstrittenen §§ 662 und 675 unter demselben Titel stehen und daß innerhalb dieses Titels in nicht weniger als der Hälfte der Paragraphen eine gleiche oder ähnliche Ausdrucksweise verwendet worden ist. Dann verweist § 675 auf eine größere Zahl von Bestimmungen des Titels, und zwar in beachtenswerter Weise gerade auf die Paragraphen, in denen überhaupt von Geschäftsbesorgung gesprochen wird[25]).

[21]) RGRKomm. Vorbem. vor § 662.

[22]) Dasselbe wird in den §§ 672 und 673 durch die Wendung „Besorgung des übertragenen Geschäfts" zum Ausdruck gebracht.

[23]) Gl. M. Brodmann bei Ehrenberg IV, 2 S. 36 Anm. 13.

[24]) Höchstädter S. 10; Michaelis S. 7.

[25]) Eine gleiche oder ähnliche Ausdrucksweise wie in den §§ 662 und 675 findet sich in den §§ 663: „Besorgung gewisser Geschäfte", 667: „Geschäfts-

Das Verweisungssystem würde, wenn man die Geschäftsbesorgung in den einzelnen Vorschriften verschieden interpretiert, zu unnötigen Verwicklungen führen. Das Gesetz soll aber doch gerade vereinfachen, soweit nur die Vereinfachung mit individuellen Lebensinteressen nicht in Widerspruch steht. Das wird aber bei einer Einschränkung des Begriffs im § 662 auch dann nicht der Fall sein, wenn dadurch eine Reihe unentgeltlicher Arbeitsleistungen nicht unter den Auftrag fallen. Entgeltliche Verrichtungen, die den Charakter einer Geschäftsbesorgung nicht tragen, sind im Dienst- oder Werkvertrag geregelt. Wird eine solche Tätigkeit unentgeltlich versprochen, so fällt sie weder unter die Arbeitsverträge noch unter den Auftrag, da sie keine Geschäftsbesorgung im technischen Sinne zum Gegenstande hat. Sie ist im Gesetz überhaupt nicht geregelt. Die Anzahl dieser Tätigkeiten wird davon abhängen, in welchem Umfange man den Geschäftsbesorgungsbegriff gegenüber der Arbeitsleistung einschränkt. Begrenzt man ihn — ohne einer endgültigen Entscheidung vorzugreifen — auf nur selbständige, wirtschaftliche Arbeitsleistung, so wird u. E. nur ein sehr kleiner Kreis von wirtschaftlich unbedeutenden Tätigkeiten von dem Auftragsbegriff nicht umfaßt werden. Dahin würden etwa gehören: Die Verpflichtung, jemand unentgeltlich Unterricht zu erteilen, vorzulesen, spazieren zu fahren, der Hausfrau im Haushalt unentgeltlich zu helfen u. ä. Diese rechtlich meist bedeutungslosen Fälle wird man in erster Linie nach etwaigen besonderen Vertragsvereinbarungen oder, wenn solche nicht bestehen, nach den allgemeinen Vertragsregeln zu beurteilen haben [26]). Schließlich wird auch gegen eine analoge Anwendung einzelner für den Auftrag vorgesehener Vorschriften nichts einzuwenden sein [27]), soweit diese nicht gerade auf Geschäftsbesorgung zugeschnitten sind [28]). Jedenfalls ist diese Lücke weit weniger fühlbar als bei anderen, weit wichtigeren, im Gesetz nicht vorgesehenen Vertragsarten [29]), und man wird daraus nicht mit Notwendigkeit schließen

---

besorgung", 671 Abs. 2: „Besorgung des Geschäfts", 672 und 673: „Besorgung des übertragenen Geschäfts."

[26]) In häufigen Fällen wird man auch die Schenkungsvorschriften zu berücksichtigen haben (vgl. Mot. II S. 528; Oertmann § 516 Anm. 3; Dernburg 2 II S. 120; Wittmer S. 16. A. A. Hachenburg S. 423; Bormann S. 16), z. B. dann, wenn man durch unentgeltliche Leistung einen Ertrag aufopfert, den man selbst gewonnen haben würde. „Daß die Arbeitskraft nicht zum Vermögen gehört, fällt gegenüber der Schmälerung der Einnahmequelle nicht ins Gewicht." RGRKomm. § 516 Anm. II.

[27]) Isay S. 46 Anm. 5; Bernau S. 231 Anm. 1; RGRKomm. Vorbem. z. 10. Titel der Schuldverh. Anm. 2.

[28]) Kreß a. a. O. S. 194 Anm. 30.

[29]) z. B. die partiarischen Rechtsgeschäfte.

können, daß alle unentgeltlichen Arbeitsleistungen im 10. Titel der Schuldverhältnisse unter dem weitesten Begriff der Geschäftsbesorgung berücksichtigt werden sollten.

Bei der Auslegung der Geschäftsbesorgung als einer selbständigen Tätigkeit wirtschaftlicher Natur wird für den Begriff im § 677 Entsprechendes gelten. Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, soweit sie auf eine Ordnung der vermögensrechtlichen Beziehungen abzielen, werden ohnehin auf die ausgeschlossenen Tätigkeiten — die nicht wirtschaftlicher Natur sind — kaum angewendet werden können, ohne daß im übrigen etwas gegen eine analoge Anwendung derselben einzuwenden sein wird. Auch hier widerspricht die Technik des Gesetzes einer Gleichstellung der Geschäftsbesorgung der §§ 662, 675 und 677 keineswegs. § 677 deutet in seiner Definition selbst den engen Zusammenhang mit den Auftragsvorschriften an, und ausdrückliche Verweisungen auf Bestimmungen, in denen von Geschäftsbesorgung im Sinne des § 662 die Rede ist, finden sich auch hier[30]). Dem Inhalt nach ist die Geschäftsbesorgung auch für die Geschäftsführung ohne Auftrag wesensbestimmend. Der Unterschied von den Geschäftsbesorgungsverträgen besteht darin, daß sie hier nicht als Gegenstand eines Vertrages übernommen wird, da ein Vertrag nach der herrschenden Ansicht überhaupt nicht vorliegt[31]), sondern der Geschäftsführer übernimmt sie eigenmächtig, ohne Vertrag. Die Grenzlinien zwischen der unbeauftragten und der beauftragten Geschäftsbesorgung liegen also nicht in dem Begriff der Geschäftsbesorgung oder der ihr gleichzusetzenden Geschäftsführung, sondern auf einem ganz anderen Gebiet. Zu unseren Gunsten lassen sich auch die Materialien anführen, in denen sich nicht nur Anhaltspunkte für verschiedene Auslegung des Begriffs nicht vorfinden, wohl aber eine für unsere Ansicht sprechende, einheitliche — wenn auch negative — Definition der Geschäftsbesorgung für das Auftragsgebiet gegeben wird, die in den Motiven bei der Geschäftsführung ohne Auftrag unter ausdrücklichem Hinweis auf § 585 (Gesetz § 662) wiederholt wird[32]).

Und entspricht diese Auffassung nicht auch dem Wesen der Sache? Die Geschäftsbesorgung ist kein Vertrag selbst, sondern nur ein möglicher Vertragsinhalt. Ist dieser Tatbestand Gegenstand eines Vertrages, so bewendet es beim Auftrag bei den Vorschriften des 10. Titels der Schuldverhältnisse und, wenn ein Vertrag des § 675 vorliegt, bei den dort

---

[30]) Vgl. § 681, in dem auf die §§ 666—668 verwiesen wird.

[31]) Oertmann Vorbem. 1 vor § 677; Isay S. 104 ff.; Brückmann S. 11; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft § 167 S. 684. A. A. Dernburg § 299 I, 1; Endemann Bd. 1 § 178 Anm. 3 S. 1118.

[32]) Mot. II S. 855; vgl. Mot. II S. 527; Prot. II S. 377.

angezogenen Regeln. Fehlt dieser Vertragsmantel, so liegt eine selbständig wirksame Rechtshandlung vor, die gegenüber dem vertragsmäßigen Handeln noch weiterer Regeln bedarf, ohne daß dadurch an dem Tatbestand der Geschäftsbesorgung im ausdehnenden oder einschränkenden Sinne gegenüber der Geschäftsbesorgung des 10. Titels etwas geändert wird [33]).

Eine verschiedene Auslegung des Begriffs „Geschäftsbesorgung" ist demnach ungerechtfertigt.

Dieses Ergebnis ist neben dem Vergleich zwischen § 362 HGB. und § 663 BGB., bei dem sich die Verwandtschaft der beiden Vorschriften zeigte, zu verwerten. Es wurde schon betont, daß § 663 erst dadurch Bedeutung von wirklich praktischem Wert erhält, daß die Antwortpflicht auch auf die entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge des § 675 für anwendbar erklärt wird, und daß es § 362 HGB. gerade mit solchen Verträgen zu tun hat, da der Kaufmann regelmäßig nur entgeltliche Tätigkeit leistet, wie sich denn die Anwendbarkeitsgebiete der beiden Bestimmungen überhaupt zum Teil decken. Wenn in den teils gleichen, teils besonderen Fällen des § 362 HGB. dem Kaufmann die Antwortpflicht mit besonderer Rechtsfolge (bei einer Zuwiderhandlung) auferlegt wird, so handelt es sich insofern nur um eine über den Rahmen der ohnedies subsidiären Auftragsbestimmungen hinausgehende, für den Handelsverkehr im Interesse des Kunden geschaffene Sondernorm innerhalb der Auftragsmaterie. Dem Grundsatz der Subsidiarität des BGB. für das Handelsrecht läßt sich außerdem entnehmen, daß das BGB. in allen Fragen zur Anwendung kommt, in denen dem HGB., sei es unmittelbar, sei es durch Auslegung oder entsprechende Anwendung, nichts zu entnehmen ist. Das gilt sowohl für die Begriffsmerkmale eines Rechtsgeschäfts, über welche das HGB. Regeln aufstellt, ohne es zu erläutern, als auch für die Rechtswirkungen und die Bestimmung von Begriffen, soweit sie nicht im HGB. besonders angeordnet sind. Die Geschäftsbesorgung des Auftrags sowie gewisser Arbeitsverträge wird daher grundsätzlich keine andere sein wie die des verwandten § 362 HGB. [34]). Eine einheitliche Auslegung des Begriffes entspricht durchaus dem Sinne des Gesetzes, dessen Tendenz es ist, einheitliche Tatbestände aus dem Leben herauszugreifen und gleichen Regeln zu unterstellen. Eine Normierung ist nicht angebracht, sobald die Tatbestände derart voneinander abweichen, daß sie einer individuellen Behandlung bedürfen. Das ist aber weder in den Fällen des Auftrags noch in den des § 675 BGB. oder des § 362 HGB. der

[33]) Vgl. Heck § 118 S. 353.
[34]) Zustimmend Endemann § 172 S. 1081 Anm. 23.

Fall, soweit die ihnen gemeinsame Geschäftsbesorgung normiert werden soll. Man kommt keineswegs zu einem unhaltbaren Ergebnis, wenn man den Begriff gleichmäßig und technisch auslegt, während man im anderen Falle mit drei gleichlautenden Begriffen verschiedenen Inhalts zu operieren hätte, ein Zustand, der gewiß nicht zur Vereinfachung beiträgt.

Dennoch ist diese vereinfachende Lösung in der Literatur nicht unbestritten. Während der Geschäftsbesorgungsbegriff im BGB. in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 675 BGB. einer Einschränkung unterliegen soll, verteidigen verschiedene Schriftsteller für das HGB. eine entgegengesetzte, ausdehnende Auslegung, und zwar Makower[35]), Dernburg[36]) und Lehmann-Ring[37]). Entweder geben sie jedoch keine treffende Begründung oder glauben ihre Ansicht lediglich mit der Vermutung rechtfertigen zu können, daß die Fassung des HGB. an vielen Stellen in nicht so genaue Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch des BGB. gebracht sei, so daß die Bedeutung, die ein Wort im BGB. habe, nicht notwendig auch für die Bedeutung desselben im HGB. maßgebend sei[38]). Meist wird aber doch auf die Verwandtschaft des § 362 HGB. mit § 663 BGB. hingewiesen und letzten Endes doch zugegeben, daß die sich an die §§ 662 und 675 BGB. knüpfende Kontroverse den § 362 HGB. zwar nicht unmittelbar — also doch mittelbar — treffe[39]).

Die Gründe sprechen indessen für die hier vertretene Gleichartigkeit des Begriffs in den beiden Gesetzen. Wenn man bei der Behandlung des Begriffs im Zusammenhang mit § 362 HGB. auf die entsprechende Streitfrage im BGB. zurückgreift und an § 675 BGB. anknüpft[40]), so schlägt man dadurch nicht etwa einen falschen Weg ein, da mit der Geschäftsbesorgung im BGB. nichts anderes gemeint ist. Daß sich in der Literatur die Erörterung des Begriffs fast ausschließlich an § 675 knüpft, darf nicht wundernehmen. Denn gegenüber dem Auftrage, der gleichfalls über eine Geschäftsbesorgung abgeschlossen wird, mußte dem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag eine weit größere Bedeutung von wirklich praktischem Wert zukommen, weil der letztere im Leben unverhältnismäßig zahlreicher und wichtiger ist.

---

[35]) Makover, HGB. § 362 Anm. II a 3.
[36]) Dernburg Bd. 2 § 295 IV.
[37]) Lehmann-Ring, HGB. § 362 Nr. 4.
[38]) Makover a. a. O.
[39]) Lehmann-Ring a. a. O.
[40]) Staub-(Könige) § 362 Anm. 2; Endemann Bd. 1 § 172 Anm. 23; mit diesem Wege erklärt sich ebenfalls Brodmann a. a. O. IV 2 S. 36 Anm. 13 einverstanden.

Während man beim Auftrag auf die Unentgeltlichkeit als wesentliches Unterscheidungsmerkmal den größeren Wert legte, wurde man durch den Wortlaut des § 675 BGB. auf gewisse Grenzlinien zwischen Geschäftsbesorgung und der gewöhnlichen Arbeitsleistung hingewiesen. Wenn die Geschäftsbesorgung im § 675 dasselbe bedeuten sollte wie beim Auftrag, dessen Gegenstand nach der gemeinen Auffassung in beliebiger Tätigkeit besteht, sofern sie nur unentgeltlich übernommen wird, so blieb es unklar, durch welche Kriterien sich der Vertrag des § 675 von dem gewöhnlichen Arbeitsvertrag unterscheiden sollte. Dieselbe Frage begegnet in § 362 HGB. Die zahlreichen Versuche, den Begriff in § 675 BGB. abzugrenzen, verdienen daher nicht zuletzt Beachtung und werden bei der Besprechung der Literatur schon deshalb herangezogen werden müssen, weil die Mehrzahl der Schriftsteller den Begriff für das HGB. und das BGB. ohne weiteres einheitlich erörtert.

§ 4.

Die Begriffsbestimmung.

Wie ist nun der Begriff „Besorgung von Geschäften für andere" näher zu definieren? Welches Verhältnis besteht zunächst zwischen Geschäftsbesorgung und Arbeitsleistung?

Die letztere Frage wurde schon teilweise dahin beantwortet, daß man einen Unterschied machen muß. Weiter fragt sich, ob diese Unterscheidung, die im BGB. besonders im § 675 ersichtlich ist, sich überhaupt rechtfertigen läßt und ob sie notwendig ist. Nur wenn uns die Unterscheidung weiterbringt, ist ihr das Wort zu reden. Anderenfalls ist sie als scholastisches Ornament baldmöglichst abzustoßen: Man hätte sich in diesem Falle auch über den Wortlaut und Wortsinn des § 675 BGB. hinwegzusetzen; der Gesetzesanwender müßte den angefochtenen Relativsatz „Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat" wegdenken [1]). Indessen behandeln sowohl das tägliche Leben als auch das Gesetz nicht jede Art der Arbeitsleistung gleichmäßig. Zwischen Geschäftsbesorgung und gewöhnlicher Arbeitsleistung wird man einen Unterschied machen müssen: Der Arbeiter, der unter ständiger Aufsicht Erdarbeiten macht, leistet zwar einen Dienst, besorgt aber kein Geschäft für einen anderen, gleichgültig, ob er entgeltlich oder unentgeltlich handelt. Eine auch nur entsprechende Anwendung aller im

[1]) Rumpel S. 70 ff.

§ 675 herangezogenen Regeln auf seine Tätigkeit wird schlechthin scheitern. Schließt dieser Arbeiter aber im Auftrage des Arbeitgebers einen Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft mit einem Dritten ab, so werden die Regeln des 10. Titels alsbald angewendet werden können. Der Arbeiter wird für den Geschäftsherrn Auslagen machen, die er nach § 670 BGB. zurückfordern kann. Er wird unter Umständen einen Vorschuß anfordern müssen; das aus der Ausführung des Geschäfts Erlangte hat er herauszugeben (§ 677) usf. Die ältere Anschauung Plancks[2]), es lasse sich kein Fall denken, in welchem die in § 675 angezogenen Regeln nicht auf jeden Dienst- und Werkvertrag Anwendung finden könnten, ist also abzulehnen. Planck führt a. a. O. weiter aus: Diese Auffassung bestätige die Praxis. Es sei bislang kein Fall zur höchstrichterlichen Entscheidung gelangt, in der festgestellt wurde, daß ein Dienst- oder Werkvertrag keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe. Dem läßt sich entgegnen, daß aber auch kein Fall nachgewiesen ist, in dem die Geschäftsbesorgungsregeln auf eine unselbständige, mechanische Arbeitsleistung angewendet worden sind. In den wenigen Fällen, in denen die Rechtsprechung eine tatsächliche Dienstleistung als Geschäftsbesorgung angesehen hat, handelt es sich ausnahmslos um eine besonders qualifizierte Tätigkeit: Hin- und Rückbringung eines Schiffes zwecks Ausbesserung in ein Dock (Schleppervertrag[3]), selbständiges Abtreiben von Blumenzwiebeln[4]), das Schreiben von Bestellzetteln, die Vorprüfung von Rechnungen, der Briefwechsel mit Werftdienststellen und Lieferanten — Tätigkeiten, die das Reichsgericht als Geschäftsbesorgung ansieht —[5]) ist immer noch etwas ganz anderes, als wenn die Morgenfrau das Werftkontor ausfegt und die Bürofenster putzt. Auf diesen Unterschied haben auch schon die Schöpfer des Gesetzes hingewiesen, ohne sich über die Geschäftsbesorgung endgültig klar zu sein. Sie stellten negativ fest:

„Jedenfalls müsse davon ausgegangen werden, daß nicht ohne weiteres in jeder Tätigkeit des Dienstverpflichteten oder Übernehmers eine Geschäftsbesorgung zu finden sei",

und ergänzten positiv:

„In der Regel werde es sich um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei."[6])

---

[2]) Komm. 1907 3. Aufl. § 675 Anm. 2.
[3]) OLG. (Hamburg) Bd. 34 S. 55.
[4]) ROLG. Bd. 24 S. 394.
[5]) RG. Bd. 99 S. 31.
[6]) Prot. II S. 376.

Die Motive fahren negativ fort:

„Auch lasse das Wort ‚Geschäft' nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und nach der Sprache des Entwurfs die Deutung nicht zu, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte zu verstehen, eine bloße tatsächliche Dienstleistung also nicht gemeint wäre." [7])

Auch bezeugt der Hinweis der Protokolle, die Feststellung des Begriffs „Geschäftsbesorgung" könne Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben [8]), daß man an eine Gleichstellung des Begriffs „Geschäftsbesorgung" und „Dienst- und Werkleistung" nicht gedacht hat; jedenfalls wäre er sonst sinnlos.

Diesem Unterschied entspricht endlich das Gesetz selbst, dessen Fassung nur nach dieser Auslegung keine Widersprüche aufweist. Eine freiheitliche Behandlung des Gesetzestextes ist nur gerechtfertigt, wenn sich nach der Lebensauffassung und der gesetzlichen Systematik unlösliche Widersprüche ergeben. Die Möglichkeit, in dieser Richtung die Lösung des Problems zu versuchen, lag hier um so näher, als den Gesetzgebern der streitige Begriff nur unklar vorschwebte. Und dennoch ist an dem im § 675 angedeuteten Unterschied zwischen der gewöhnlichen Arbeitsleistung und der Geschäftsbesorgung festzuhalten. Denn unlösliche Kontroverse ergeben sich nach Gesetz und Lebensauffassung gerade dann, wenn man den Relativsatz im § 675 streicht und dadurch die Geschäftsbesorgung jeder übrigen Arbeitsleistung gleichsetzt [9]).

Was für das BGB. galt, wird man auch für das HGB. annehmen müssen. Man wird nicht mit Makower [10]) und Lehmann-Ring [11]) den § 675 einschränkend auslegen und im HGB. entgegen der Fassung des § 354 und dem inneren Zusammenhang zwischen HGB. und BGB. die Geschäftsbesorgung der Arbeitsleistung gleichsetzen können, wenn nicht schwerwiegende Gründe bestehen, dem Begriff in beiden Materien einen verschiedenen Inhalt zu geben [12]) [13]).

---

[7]) Mot. II S. 527 u. 855.

[8]) Prot. II S. 377.

[9]) Diese Anschauung vertreten Hachenburg S. 12 ff.; Düringer-Hachenburg § 362 N. II; Greiff § 675 Anm. 1 S. 326; Matthiaß 6./7. Aufl. Bd. I § 25 VI A S. 349, der gegenüber früheren Auflagen seine Ansicht in das Gegenteil verkehrt hat (vgl. z. B. 4. Aufl. 1900); ehemals Planck 1907 § 675 Anm. 2.

[10]) § 362 Anm. II a 3.

[11]) § 362 Nr. 4. Lehmann-Ring ist nicht ganz folgerichtig, wenn er zu § 354 Nr. 9 bemerkt, die Geschäftsbesorgungen seien auf die juristischen, die Dienstleistungen auf die faktischen Tätigkeiten zu beziehen, und später Tätigkeit beider Art unter Geschäftsbesorgung verstanden wissen will.

[12]) Die Gesetzgeber hätten, wenn sie diese Auffassung zum Ausdruck bringen wollten, auch im HGB. § 362 wie im § 354 von „Dienstleistung und Geschäftsbesorgung" sprechen können.

In welchem Umfange und nach welchen Gesichtspunkten hat nun die Abgrenzung der Geschäftsbesorgung von der Arbeitsleistung zu geschehen? Welche Hilfsmittel kommen vor allem in Betracht, um zu einer mit dem Lebensbedürfnis und dem Gesetz zu vereinbarenden Erkenntnis zu gelangen und zu einer praktischen Lösung der Streitfrage beizutragen?

Zu diesem Zweck können mehrere Wege beschritten werden. Einen sehr wesentlichen Erkenntnisweg bietet das **Gesetz** selbst. Der einzelne technische Begriff ist im Gesetz nach ganz bestimmten Gesichtspunkten festgelegt. In dieser Systematik des Gesetzes findet man am ersten die Möglichkeit, Rückschlüsse auf das Wesen eines Begriffs oder auf den Sprachgebrauch, den das Gesetz mit dem Ausdruck verbindet, ziehen zu können. Jeder Vertragstatbestand — und die Geschäftsbesorgung ist ein solcher — offenbart seinen Charakter in den ihm eigenen Regeln. Durch eine Analyse der Rechtsfolgen — wie sie in dieser Materie Heck[14]) zum ersten Male vornimmt — lassen sich rückwirkend Folgerungen auf Wesensmerkmale des Begriffs ziehen, insbesondere dann, wenn dieser Begriff für ein ganzes Rechtsinstitut inhaltsbestimmend ist. Für die Geschäftsbesorgung ist dieses Institut der Auftrag. Der Auftrag setzt sich aus der Besorgung von Geschäften für andere verbunden mit dem Merkmal der Unentgeltlichkeit zusammen. Kennen wir den einen Teil der Gleichung, so haben wir damit auch den anderen gefunden. Das führt uns dazu, die Untersuchung bei den Grundlagen des Auftrags zu beginnen, die Berührungs- und Unterscheidungspunkte zwischen Auftrag und den übrigen auf Tätigkeit gerichteten Verträgen zu ergründen und vor allem den Fall zu prüfen, in dem sich die Regeln des Auftrags mit denen der Arbeitsverträge durchdringen (§ 675 BGB.). Reicht das Gesetz zur Herleitung einer überzeugenden Definition der Geschäftsbesorgung nicht aus, charakterisiert es den Vertragstatbestand nicht klar genug, so muß der **Sprachgebrauch** die Wesensmerkmale, die im Gesetz nur unklar hervortreten, verdeutlichen oder sogar ergänzen. Dieses Auslegungsmittel rechtfertigt sich dadurch, daß der Gesetzgeber allgemein die Begriffe nicht erst selbst konstruiert, sondern sie dem Leben entnimmt. Der Sprachgebrauch

---

[13]) Unklar bleibt der Standpunkt Dernburgs Bd. II § 295 IV, der im Ergebnis für den § 362 HGB. den letztgenannten Schriftstellern sehr nahe steht. Er will den § 675 auf alle mandatsähnlichen Geschäfte anwenden, dehnt aber den Begriff für den Geltungsbereich des § 362 über die Aufträge und mandatsähnlichen Dienst- und Werkverträge auf alle einschlägigen Anträge aus, ohne indessen die einschlägigen Anträge näher zu bestimmen.

[14]) a. a. O. § 118. Dieser Weg ist abweichend von Vorauflagen nunmehr auch bei Enneccerus-(Lehmann!) eingeschlagen. Die Definition der Geschäftsbesorgung hat dadurch eine nicht unwesentliche Veränderung erfahren. Vgl. § 161 S. 534, 1930.

zerfällt — wenn ein solcher vorhanden ist — in einen solchen des täglichen Lebens und in einen juristischen. Nicht gesagt ist, daß sich zwischen der allgemeinen Verwendung eines Begriffes im Leben und dem Gebrauch im Gesetz Verschiedenheiten ergeben. Der Sprachgebrauch des Lebens wird meist einen ganz bestimmten Tatbestand mit dem Ausdruck bezeichnen[15]), der seinerseits zu einer gesetzlichen Regelung den Anlaß gegeben hat. Aus dieser Wechselwirkung ergibt sich die Möglichkeit, den Wesensmerkmalen des Begriffes näherzukommen und eine Abgrenzung gegenüber ähnlichen Tatbeständen zu gewinnen. Die Abgrenzung, die sich aus der Analyse der Rechtsfolgen ergibt, ist an Hand des Sprachgebrauchs des täglichen Lebens zu kontrollieren. Sprachgebrauch und Gesetz werden zu einer tunlichst kurzen Definition zusammenzufassen sein.

§ 5.

Geschäftsbesorgung und das Entgeltsproblem.

Unentgeltliche Tätigkeit, die den Charakter einer Geschäftsbesorgung trägt, fällt nach dem Gesetz unter den Begriff „Auftrag". Fällt das Moment der Unentgeltlichkeit weg, so liegt zwar kein Auftrag mehr vor, unzweifelhaft aber ein Fall, in dem Tätigkeit gegen Entgelt zu leisten ist, also ein Arbeitsvertrag. Je nach Beschaffenheit dieser Tätigkeit liegt ein Dienst- oder Werkvertrag vor, je nachdem Dienste zugesagt sind oder ein durch die Arbeit herbeizuführender Erfolg versprochen ist, besser: je nachdem wie das Moment der Gefahrentragung geregelt ist[1]). Es kann im einzelnen auch eine Vertragsart vorliegen, welche diesen Arbeitsverträgen verwandt ist oder aus dem Bedürfnis einer individuellen Behandlung heraus einer speziellen Regelung im Gesetz unterworfen ist. Es ist also den Anhängern der Auffassung, die Unentgeltlichkeit sei das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen Auftrag und dem auf eine entgeltliche Arbeit gerichteten Vertrag[2]), begrenzt und zwar insoweit zuzustimmen, als die in den verschiedenen Arbeits-

[15]) Zwar wird der Sprachgebrauch demselben Wort unter Umständen und je nach Zusammenhang verschiedene Bedeutung geben. Die Verwendung des Wortes wird aber auch hier regelmäßig, „typisch" sein und nicht etwas Gegensätzliches zum Ausdruck bringen.

[1]) Dies ist nach der Untersuchung Rümelins, Dienst- und Werkvertrag S. 26, der wir uns anschließen, der wesentlichste Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag.

[2]) Enneccerus § 380 I, 2; Diss. von Puttkammer S. 9 und Glaser S. 28.

verträgen versprochene Tätigkeit den Charakter einer Geschäftsbesorgung trägt. Denn die Geschäftsbesorgung stellt neben der Unentgeltlichkeit das einzige andere Kriterium des Auftrages dar, wenn man die ohnehin geringen Verschiedenheiten in der Haftung und im Kündigungsrecht nicht den Ausschlag geben läßt. Zu dem einzigen grundsätzlichen Unterschied kommt aber in dem Augenblick, in dem die Geschäftsbesorgung zur mechanischen Arbeitsleistung wird, ein weiterer hinzu, und zwar tritt hier wieder das Unterscheidungsmerkmal der Geschäftsbesorgung in seine Rechte. Dann versagt die Auffassung, die Unentgeltlichkeit sei das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen Auftrag und Dienst- und Werkvertrag. Es gibt demnach Arbeitsverträge, die sich nur durch die Entgeltlichkeit vom Auftrag unterscheiden, und solche, die sich durch die Entgeltlichkeit und die Wesensmerkmale der Geschäftsbesorgung vom Auftrag unterscheiden. Die ersteren stehen dem Auftrag näher und beanspruchen daher eine ebensolche verfeinerte rechtliche Regelung. Dieser Tenden zträgt das Gesetz Rechnung, wenn es die Auftragsvorschriften auf diese Verträge durch den § 675 BGB. für entsprechend anwendbar erklärt.

Die entgeltlichen Verträge auf Geschäftsbesorgung nehmen dadurch eine gleiche Sonderstellung ein wie der Auftrag selbst. Das hat in der Literatur dazu geführt, zwischen dem Vertrag auf Geschäftsbesorgung oder dem „entgeltlichen Auftrag" und dem Dienst- und Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung noch einen Unterschied zu machen und eine der Systematik des Gesetzes unbekannte Vertragsart, den früheren „entgeltlichen Auftrag", wiedereinzuführen[3]) oder doch wenigstens die Bezeichnung „Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat" fallen zu lassen und durch „dienstvertragsähnliche und werkvertragsähnliche entgeltliche Aufträge" zu ersetzen[4]), während doch im § 675 BGB. beide zusammenfallen. Allerdings wird durch die Umbenennung keine Neuerung bezweckt. Man strebt nur eine geschichtlich fundierte Entwicklung an, welcher die Umgestaltung des Auftragsbegriffs im BGB. ein Ende bereitete, der sich aber die Gesetzgeber im ersten Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches zunächst nicht hatten verschließen können, wenn sie im § 585 einen entgeltlichen Auftrag vorsahen. Findet sich doch der entgeltliche Auftrag auch in allen früheren Kodifikationen des bürgerlichen Rechts[5]) und ist auch in der einzigen Kodifikation nach

[3]) Lenel a. a. O. S. 37.
[4]) Höchstädter S. 19.
[5]) Preuß. ALR. I, 13 §§ 74—79; code civ. art. 1986; Österr. BGB. § 1004. 1913 Satz 1; Zür. BGB. § 1119; Sächs. BGB. § 1299; Schweiz. BundesG. Art. 392 Abs. 2.

dem BGB., dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1911 [6]), aufrechterhalten; auch im ADHGB. stehen Auftrag und Entgeltlichkeit noch nicht in Widerspruch [7]). Mit dieser Entwicklung hat das BGB. einwandfrei gebrochen, indem es auf den Standpunkt des älteren römischen Rechts zurückkehrte, dem ursprünglich ein entgeltlicher Auftrag unbekannt war. Eine Behebung der Unklarheiten, die im gemeinen Recht in Ansehung des Unterschiedes zwischen Auftrag und Dienstvertrag bestanden, ist aber durch die Schaffung einer Zwischenstufe kaum erreicht worden, und man könnte es befürworten, de lege ferenda die Beseitigung der Formulierung des § 675 zu fordern und wieder von einem entgeltlichen Auftrag zu sprechen, zumal sich die Anschauung des Lebens gerade in diesem Punkte dem Gesetz nicht angepaßt hat und, soweit wir sehen, auch nicht anpassen wird. Beweist doch außerdem die Stellung des § 675 unter dem Titel „Auftrag", daß der Gesetzgeber diesen Vertrag weniger als einen Dienst- und Werkvertrag, sondern als einen dem Auftrag nahestehenden Vertrag aufgefaßt wissen wollte. Denn man hätte auch ebensogut je im 6. und 7. Titel der Schuldverhältnisse im Sinne des § 675 auf die Auftragsvorschriften verweisen können. Doch führt auch die heutige Fassung nicht gerade zu Widersprüchen. Man darf aber nicht außer acht lassen, daß ein Unterschied zwischen dem „entgeltlichen Auftrag" und dem Vertrag des § 675 nicht besteht.

Die Unterscheidung zwischen Auftrag und dem Vertrag des § 675 beruht auf der Unentgeltlichkeit. Im übrigen haben aber beide Vertragstypen den gleichen Nenner „Geschäftsbesorgung". In welchem Zusammenhang steht nun die Geschäftsbesorgung mit dem Entgelt?

Die Nebeneinanderstellung von entgeltlicher und unentgeltlicher Geschäftsbesorgung ist ein überzeugendes Argument dafür, daß die besondere Art der Tätigkeit benannt „Geschäftsbesorgung" nicht nur unentgeltliche, sondern auch entgeltliche Arbeitsleistung umfassen soll. Sie steht also weder mit dem Moment der Entgeltlichkeit noch dem der Unentgeltlichkeit in Zusammenhang. Unwesentlich ist daher auch, ob ein Entgelt für den Erfolg oder für das Tätigwerden zur Erreichung eines Erfolges gezahlt wird. Denn die Bedingungen, unter denen der Anspruch auf Entgelt entsteht, modifizieren nicht den Inhalt der übernommenen Verpflichtung [8]). Das Entgeltsproblem läßt sich nicht auf ein Begriffsmerkmal der Geschäftsbesorgung zurückführen und ist daher zur Bestimmung derselben ungeeignet.

[6]) Art. 394.
[7]) Art. 290.
[8]) Lenel a. a. O. S. 37.

Dieses Ergebnis ist an Hand des HGB. zu kontrollieren. Das HGB. hat den Begriff „Geschäftsbesorgung" aus dem ADHGB. übernommen. Dort stand der Entgeltlichkeit derselben nichts entgegen: die Geschäftsbesorgung war entgeltlich wie jede andere Arbeitsleistung auch (Art. 290). Der Kaufmann geht auf Gewinn aus, und der alte Grundsatz, der auch im neuen HGB. im § 354 gesetzliche Anerkennung gefunden hat, lehrt: Der Kaufmann tut nichts umsonst, oder, mit den Worten des Gesetzes: „Wer in Ausführung eines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne Verabredung ... Provision fordern". Ist doch die Geschäftsbesorgung für den Gewerbetreibenden Erwerbsgeschäft. Daher gibt der angeführte Paragraph dem Kaufmann einen gesetzlichen Anspruch auf Entgelt, ohne daß ein solches verabredet zu sein braucht. Man kann aber dann nicht mehr von einer grundsätzlich unentgeltlichen Tätigkeit sprechen, wenn das Gesetz einen Anspruch für die Entgeltlichkeit derselben aufstellt. Das HGB. bestätigt also das im BGB. geförderte Ergebnis in noch ausgeprägterer Form, weil hier die Entgeltlichkeit von vornherein feststeht. Demnach hat man keine Veranlassung, die Geschäftsbesorgung mit dem Erfordernis der Unentgeltlichkeit zu verbinden.

Nach der Auffassung Hecks[9]) ist die Geschäftsbesorgung eine besondere Fürsorgetätigkeit oder die unvergoltene Wirksamkeit. Nicht jede Wahrung fremder Interessen behandele das Gesetz als Geschäftsbesorgung, sondern nur die Fälle, in denen eine Verdrängung durch ein anderes Recht fehle. Das treffe zu für

a) die vertragsmäßige, aber vollständig unvergoltene Geschäftsführung beim Auftrag,

b) die unvollständig vergoltene Geschäftsbesorgung bei dem Dienst- und Werkvertrag (§ 675),

c) die relationslose Geschäftsbesorgung, die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wann ist nun aber beim Dienst- und Werkvertrag die Interessenwahrnehmung unvollständig vergolten? Der Kommissionär, der für einen anderen Wertpapiere kauft, der Notar, der für mich einen Wechsel protestiert, wird — entgegen Heck — für seine Tätigkeit ebensogut entlohnt, wie der Arbeiter, der mir bei irgendwelcher mechanischen Verrichtung hilft, auch wenn seine Arbeitsleistung mein Vermögen über die von mir für seine Tätigkeit zu leistende Vergütung beeinflußt. Es kommt nicht auf die Bezahlung oder auf die Nicht- oder nicht vollständige Bezahlung der geleisteten Tätigkeit an; kann man doch Dienste eigentlich niemals vollständig entgelten. Die be-

[9]) Heck § 118.

sonderen Regeln sind vielmehr bedingt durch die gehobene Art der Arbeitsleistung. Ob und inwieweit der Geschäftsführer im einzelnen ein Entgelt verlangen kann, ergibt sich aus Gesichtspunkten, die mit der Geschäftsbesorgung in gar keinem Zusammenhang stehen.

Allerdings ist die Geschäftsbesorgung in den beiden anderen von Heck bezeichneten Fällen, Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag, eine unvergoltene Geschäftsbesorgung für den Geschäftsherrn. Aber auch dort rechtfertigen sich die unter diesen Titeln aufgeführten Vorschriften — wie eine nähere Untersuchung dieser Bestimmungen im nächsten Abschnitt zeigen mag — nicht aus dem Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit. Vielmehr trifft dort der andere Ausgangspunkt Hecks zu, nämlich die Geschäftsbesorgung als eine Fürsorgetätigkeit aufzufassen. Nur ist diese Tätigkeit nicht deshalb Fürsorge, weil sie unvergolten bleibt, sondern weil der Unterschied zwischen der Geschäftsbesorgung und gewöhnlichen Diensten u. E. im Gehalt, d. h. in der Tendenz der Dienste liegt. Am deutlichsten ergibt sich dies für die entgeltlichen Tätigkeiten aus der Aussonderung gewisser Dienste im § 675 BGB.

§ 6.

Untersuchung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen.

Die Tätigkeit des Beauftragten kann an Hand der für sie vorgesehenen gesetzlichen Regeln näher bestimmt werden. Wir finden bei der Untersuchung der Auftragsvorschriften das Ergebnis des vorhergehenden Abschnittes bestätigt: Die Vorschriften, die für die Geschäftsbesorgung aufgestellt sind, stehen fast ausnahmslos (vgl. § 664) mit der Unentgeltlichkeit nicht im geringsten im Zusammenhang. Sie zielen alle auf eine besondere Fürsorgetätigkeit hin und deuten den Gegenstand dieser Tätigkeitsverpflichtung an.

Die einzige Vorschrift des Auftragsrechts, die man mit dem Moment der Unentgeltlichkeit in Beziehung setzen kann[1]), ist der § 664, soweit er eine verminderte Haftung (nur culpa in eligendo) für den Beauftragten festsetzt, wenn der Geschäftsbesorger die Ausführung des Auftrags einem Dritten überträgt. Und wirklich ist auch diese Bestimmung in § 675 nicht auf die entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge für anwendbar erklärt. Der Grund für die Erleichterung der Haftung des Beauftragten liegt aber wohl darin, daß die Substituten eine freiere

[1]) Bormann S. 34.

Stellung einnehmen als bloße Gehilfen und der Aufsicht des ursprünglichen Beauftragten nicht unterstehen. Trifft dies nicht zu, was wahrscheinlicher erscheint, wenn man beachtet, daß trotz der Substitutionsbefugnis der ursprüngliche Dienstverpflichtete beim Dienstvertrag für jede Schuld haftet[2]), so genügt dies jedoch nicht, um das Kriterium der Geschäftsbesorgung in der Unentgeltlichkeit zu finden. Im übrigen läßt sich aus dem Substitutionsverbot schließen, daß der Auftrag auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruht, das nicht ohne weiteres eine Übertragung der Tätigkeit auf einen anderen gestattet.

Letzteres gilt auch von § 665. Danach hat sich der Beauftragte wie beim Dienstvertrag zwar grundsätzlich an die ihm vom Auftraggeber gegebenen Weisungen zu halten. Er ist indessen berechtigt und nach dem Sinne des Gesetzes und der Natur des Verhältnisses sogar dazu verpflichtet, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen[3]). Zunächst hat auch der Beauftragte den Richtlinien und Anweisungen des Geschäftsherrn zu entsprechen. Das besondere Wesen der Geschäftsbesorgung wird aber nicht immer eine Erkundigung nach dem Willen des Geschäftsherrn gestatten, sei es, daß dieser nicht zur Stelle sein kann, sei es, daß er nicht will. Eine Abweichungsverpflichtung ist nur verständlich, wenn der Wille des Geschäftsherrn nicht sofort und direkt festgestellt werden kann. Das ist nur der Fall, wenn der Geschäftsherr nicht erreichbar ist. Der Verpflichtete handelt also unabhängig von dem Willen des Geschäftsherrn, selbständig! Handelt er selbständig, dann kann er nur dann dem Interesse des Auftraggebers voll dienen, wenn er im geeigneten Augenblick von den Weisungen des Geschäftsherrn abweichen und kraft eigenen Willensentschlusses für den Auftraggeber handeln darf. Er vertritt diesen also in der Gedankenarbeit. Zwar mag das sich hieraus ergebende Moment der Selbständigkeit in der Vornahme der Tätigkeit im einzelnen auch bei einem gewöhnlichen Arbeitsvertrag wünschenswert sein; bei der Geschäftsbesorgung wird es zur Regel. — Gewährt das Gesetz in einem Leistungsverhältnis dem Leistenden eine so befugnisreiche Stellung, so läßt sich das wiederum nur aus dem Vorliegen eines ganz besonderen Vertrauensverhältnisses rechtfertigen.

In diesem Sinne lassen sich auch die §§ 666 und 667 auslegen. Danach hat der Beauftragte dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben und auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen. Es kommt aber noch ein weiteres Moment hinzu. Nach

---

[2]) Vgl. § 613 BGB.

[3]) Schollmeyer § 665. Nur kraft Analogie: Oertmann § 665 Anm. 3.

der Ausführung des Auftrags hat der Verpflichtete Rechenschaft abzulegen und das zur Ausführung des Auftrags Erhaltene und das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herauszugeben. Diese einzelnen Verpflichtungen, zu denen noch die Verzinsungspflicht von seiten des Geschäftsbesorgers (§ 668) und die Vorschußpflicht von seiten des Geschäftsherrn (§ 669) hinzukommt, sind nur verständlich, wenn der Geschäftsherr selbst bei der Ausführung des Geschäfts nicht zugegen ist oder sich nicht weiter einmischt, da er sich doch sonst die nötige Einsicht in den Stand des Geschäfts verschaffen und die finanzielle Seite des Geschäfts selbst in die Hand nehmen könnte. Es läßt sich weiter daraus schließen, daß die Tätigkeit meist mit Einnahmen und Ausgaben in Verbindung stehen wird[4]), denn sonst würden sich die im Gesetz vorgesehenen Verpflichtungen erübrigen. Eine der wichtigsten Vorschriften des Auftrags ist ferner für den Fall vorgesehen, in dem das Kapital des Beauftragten bei der Ausführung des Auftrages eine Rolle gespielt hat. Es handelt sich um § 670; danach hat der Geschäftsherr die Verpflichtung, Aufwendungen, die der Geschäftsbesorger für die Sache des Geschäftsherrn gemacht hat, zu ersetzen. — Alle diese Rechtssätze haben eine praktische Bedeutung nur, wenn die aufgetragene Tätigkeit selbständig vorgenommen wird und mit der Vermögens- oder Wirtschaftssphäre des Geschäftsherrn in irgendwelche Beziehung tritt.

Endlich lassen auch das Widerrufsrecht und die Bestimmungen über Kündigung und Erlöschen des Auftrags wichtige Rückschlüsse auf das Wesen der Geschäftsbesorgung zu. Bestimmend für die jederzeitige Kündigung ist das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Verpflichteten, das, sobald es erschüttert ist, eine Fortdauer nicht mehr verträgt. Im Sinne jener Interessenwahrnehmung liegt es auch, daß der Auftrag weder durch den Tod des Auftraggebers noch durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit desselben beeinträchtigt wird.

Das Moment der Selbständigkeit im Handeln tritt in einer ganz besonderen Modifizierung in dem § 663 hervor. Die dort angeführten Fälle, öffentliche Bestellung, öffentliches und privates Erbieten zur Geschäftsbesorgung, setzen neben der Selbständigkeit im Handeln Unabhängigkeit und Selbständigkeit in der Lebensstellung voraus. Es könnte in Anbetracht von § 663 scheinen, als ob die Auffassung Sigels[5]) nicht ohne gewisse Berechtigung ist, wenn er ausführt, daß die Arbeitsverhältnisse, in denen der Arbeitnehmer in soziale Abhängig-

---

[4]) Kreß a. a. O. S. 194.
[5]) a. a. O. S. 5.

keit vom Arbeitgeber tritt, aus dem Gebiete der Geschäftsbesorgung überhaupt ausscheiden. Dieser Gedanke wird auch bei der Untersuchung der Bestimmungen des Handelsrechts, die sich mit Geschäftsbesorgung befassen, wieder auftauchen.

Im HGB. haben wir dem Begriff den gleichen Inhalt unterstellt wie im BGB. Die Arbeit, die der Kaufmann für den anderen leistet, zerfällt hier wie dort in gewöhnliche Arbeitsleistung und Geschäftsbesorgung. Sie kann also teils jenen besonderen Charakter tragen, der die besonderen Regeln bedingt, teils einfache Dienstleistung sein, auf welche dann nur die Bestimmungen über den gewöhnlichen Arbeitsvertrag anzuwenden sind, die auch ausreichen. Daß diese Unterscheidung, die im BGB. insbesondere aus dem § 196 Ziff. 1 u. 7 und auch aus der Formulierung des § 675 ersichtlich ist, hier in gleicher Weise vorhanden und gewollt ist, geht aus der Zusammenstellung von Diensten und Geschäftsbesorgung im § 354 HGB. hervor. Einen Anhaltspunkt für die Abgrenzung des Begriffs finden wir dort aber nicht. Zwar hebt das Gesetz die Aufbewahrung besonders hervor. Es ist aber nicht ersichtlich, ob sie zu den Diensten oder etwa zu der Geschäftsbesorgung gerechnet werden soll, oder ob sie eine Sonderstellung einnehmen soll.

Einen deutlicheren Anhaltspunkt für die Erklärung des Begriffs liefern die Bestimmungen über das Kommissionsgeschäft. Dort kehren der Begriff selbst und einzelne Vorschriften des 10. Titels der Schuldverhältnisse wieder. Die Geschäftsbesorgung wird zunächst auf die typischen Kommissionsgeschäfte — gewerbsmäßiger Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren — bezogen. Wir finden hier also ein gesetzliches Beispiel für eine Geschäftsbesorgung: den Abschluß von Rechtsgeschäften. Durch § 406 HGB. werden aber die Bestimmungen über das Kommissionsgeschäft auch dann für anwendbar erklärt, wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes, zu dessen Grundgeschäften mithin die Übernahme eines Kaufs oder Verkaufs von Waren oder Wertpapieren gehören muß, ein Geschäft anderer als der im § 383 HGB. bezeichneten Art für Rechnung eines anderen zu schließen übernimmt [6]). Diese „unechten Kommissionsgeschäfte“ [7]) können verschiedener Natur sein, soweit es sich nur um eine Geschäftsbesorgung handelt. In diesem Zusammenhang kann es auch im § 384 Abs. 2 fraglich

---

[6]) Nach Düringer-Hachenburg § 406 Anm. 2 soll es sich nur um andere als Kaufgeschäfte handeln; es gehören aber auch solche Kaufgeschäfte hierher, die nicht nur Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande haben.

[7]) Ausdruck von Schmidt-Rimpler bei Ehrenberg V I 1 S. 482; vgl. auch Weiß a. a. O. S. 4 f.

werden, welche Tätigkeit außer der im § 383 eindeutig genannten der Geschäftsbesorgung zu subsumieren ist. Mit den gleichen Regeln wiederholen sich die allgemeinen Verpflichtungen für den Geschäftsbesorger im BGB. Schärfer wird die Pflicht zur Interessenwahrnehmung und Sorgfalt hervorgehoben. Im § 384 sind ferner besonders angeführt die Pflicht, den Weisungen des Geschäftsherrn (Kommittenten) Folge zu leisten, unter Umständen aber abzuweichen (cf. § 665 BGB.), die Benachrichtigungs-, Anzeige-, Rechenschafts- (cf. § 666 BGB.) und Herausgabepflicht (cf. § 667 BGB.). Überhaupt kommen die Auftragsbestimmungen kraft § 675 BGB. subsidiär auf das Kommissionsgeschäft zur Anwendung.

Mit den wiederkehrenden Rechtsregeln kann man auch auf die gleichen Merkmale schließen, die schon nach den Bestimmungen im BGB. die Geschäftsbesorgung näher kennzeichneten. Danach ist auch im HGB. die Geschäftsbesorgung eine Tätigkeit, welche den Interessen des Geschäftsherrn zu entsprechen hat und mit seiner Wirtschaftssphäre in Zusammenhang steht. Die Bestimmungen sind auch hier auf eine Tätigkeit zugeschnitten, deren Vornahme der Geschäftsbesorger nicht unter der Leitung des Geschäftsherrn, sondern selbständig übernimmt[8]). Elementarbeispiel ist das Kommissionsgeschäft selbst, auf das die herausgeschälten Merkmale sämtlich zutreffen.

Das durch die angeführten gesetzlichen Bestimmungen noch unscharf umrissene Bild erfährt eine Vervollständigung durch § 362 HGB. Allerdings fehlt hier eine Hindeutung auf Geschäfte bestimmter Art wie in § 383 HGB. Die Antwortpflicht ist aber auch ganz allgemein für die Geschäftsbesorgung der verschiedensten Tatbestände aufgestellt, ob diese im HGB. besonders geregelt sind oder nicht. Jedenfalls ergibt sich das schon aus der Stellung des § 362 in den allgemeinen Teil der „Handelsgeschäfte". Die Merkmale der Geschäftsbesorgung, die aus § 362 hergeleitet werden können, berühren sich eng mit den aus § 663 BGB. gewonnenen. Vor allem läßt die Stellung des Kaufmanns im Erwerbsleben einen überzeugenden Schluß auf die selbständige Vornahme der zu leistenden Geschäftsbesorgung zu. Der Abs. 2 des § 362 bringt ferner einen Hinweis darauf, daß man hier an eine Tätigkeit zu denken hat, die meist mit Waren im Zusammenhang steht, die also in der Wirtschaftssphäre des Geschäftsherrn vorzunehmen ist. Das über das Moment der Selbständigkeit zum § 663 BGB. Ausgeführte gilt noch

[8]) Eine Geschäftsbesorgung wird nicht mehr vorliegen, wenn der Kommissionär von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht. In diesem Fall liegt nämlich kein Tätigwerden für einen anderen, sondern ein bloßer Kaufabschluß vor. Eine Antwortpflicht ist dann überhaupt illusorisch, da der Kaufmann dem Antrag Rechnung getragen hat.

mehr für § 362 HGB. Die dort verpflichteten Personen nehmen ebenso wie die zur Geschäftsbesorgung im § 663 BGB. und in den übrigen Bestimmungen des Handelsrechts Verpflichteten eine ganz besondere Stellung ein: Sie sind in wirtschaftlicher Beziehung von dem Vertragsgegner unabhängig und stehen zu ihm nicht in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis wie der gewöhnliche Arbeiter im Sinne des Arbeitsrechts. Der Kaufmann leistet unabhängige Arbeit, auch wenn er im einzelnen einem anderen einen untergeordneten Dienst leistet. Er macht kein Geschäft daraus, sich von einem anderen anstellen zu lassen. Die Selbständigkeit der Tätigkeitsausführung wird also die Regel sein.

Wie hat sich nun die Literatur zu diesen vom Gesetz gegebenen Anhaltspunkten verhalten?

Darüber mag in einem besonderen Abschnitt berichtet werden.

§ 7.

Kritik an der Literatur.

Aus der Entstehungsgeschichte der Auftragsvorschriften ergab sich, daß der Begriff „Besorgung von Geschäften für andere" den Verfassern des Gesetzes nur verschwommen vor Augen stand. Daher enthalten die gesetzlichen Bestimmungen auch keine scharfe Kennzeichnung der Geschäftsbesorgung in Gestalt einer Definition. Das veranlaßte einen Teil der Schriftsteller dazu, die Geschäftsbesorgung der Arbeitsleistung gleichzusetzen [1]). Zwar gibt es im übrigen kaum einen Autor des bürgerlichen Rechts, der nicht zu der Streitfrage Stellung genommen hätte. Wir müssen aber die betrübliche Feststellung machen, daß die Schriftsteller, soweit sie den Begriff gegenüber der Arbeitsleistung einschränken, keineswegs zu einem übereinstimmenden Ergebnis gelangen. Die aufgestellten Definitionen, deren Zahl sehr hoch ist, bringen auch ebensoviele Lösungen mit den widersprechendsten Ergebnissen. Alle

---

[1]) Kuhlenbeck, BGB. Vorbem. zu § 662, § 675 Anm. 1, Goldmann, HGB. § 362 I bb u. Ritter, HGB. § 362 Anm. 13a beschränken sich auf die Feststellung, daß die Geschäftsbesorgung neben der Besorgung von Rechtsgeschäften auch Dienste tatsächlicher Art betreffe. — Auf die recht farblose „Interessenvertretung" stellen es ab: Brückmann S. 21, Neumann Vorbem. z. 10. Titel S. 522 und in HoldhMonSchr. 1912 S. 32 und Goldschmit, HGB. § 362 Anm. 1 S. 624. — Auf das Moment einer Vertretung des Geschäftsherrn zielen hin: Albers S. 76 ff. und wohl auch Hellmann in KritVJSchr. Bd. 41 S. 222. Ähnlich Goldmann-Lilienthal. BGB. S. 701.

erdenklichen Abgrenzungsmöglichkeiten der Geschäftsbesorgung gegenüber der gewöhnlichen Arbeitsleistung sind erwogen worden und haben Vertreter gefunden. Auch herrscht in keiner anderen Streitfrage eine derartige Unsicherheit der einzelnen Schriftsteller, deren Ansicht mit der Zeit einem oft mehrfachen Wechsel unterliegt, so daß es nicht wunder nehmen darf, wenn wir denselben Schriftsteller bald als Vertreter der einen, bald als Vertreter einer widersprechenden Anschauung angeführt finden. Die Meinungen der Autoren sind in der Hauptsache dort zu behandeln, wo sie ihre Ausführungen in einer Definition gipfeln lassen, ohne daß auf alle Einzelheiten ihrer Darlegungen eingegangen werden kann. Dabei wird es immer noch möglich sein, die eine oder andere Definition auch ebensogut bei einer anderen Gruppe zu behandeln. Vorerst lassen sich drei Gruppen unterscheiden.

I. Auf die Gruppe der Schriftsteller, die es für unmöglich oder für nicht erforderlich hält, dem Begriff „Geschäftsbesorgung" einen charakteristischen Inhalt zu geben und eine scharf umgrenzte Begriffsbestimmung zu finden, wurde schon eingegangen.

II. Manche Schriftsteller machen zwar den Versuch, den Begriff gegenüber der Arbeitsleistung einzuschränken. Ihre Ausführungen haben aber entweder einen so allgemeinen Charakter, daß von einer Abgrenzung gegenüber den Arbeitsverträgen überhaupt nicht gesprochen werden kann[1]), oder sie stellen irgendein Abgrenzungsmerkmal auf, um es schließlich wieder fallen zu lassen[2]). Im Endergebnis laufen diese Abgrenzungsversuche meist auf eine Umschreibung der Protokolle für die zweite Lesung des Entwurfs und der Motive hinaus[3]). Die Begriffsbestimmung der Materialien ist aber schon deshalb nicht von festlegender Bedeutung, weil sie im wesentlichen nur negativ abgrenzt und daher nur einen unsicheren Rahmen zeichnet, der außerdem nur „in der Regel" Gültigkeit besitzen soll. Wir werden uns daher auf die Definitionen beschränken müssen, in denen eine hinreichende Abgrenzung der Geschäftsbesorgung vorgeschlagen wird.

III. Eine solche Abgrenzung nimmt die Mehrzahl der Schriftsteller vor. In der Wahl der Kriterien ist man sich jedoch keineswegs einig.

---

[2]) J. v. Gierke bezieht den Begriff an sich auf Rechtsgeschäfte, will aber die fraglichen Vorschriften auch auf tatsächliche Dienste grundsätzlich entsprechend anwenden, a. a. O. § 51 II 1 b S. 513. — Absichtlich weit gehalten sind die Definitionen in den Diss. von Michaelis S. 32 und Brandt S. 27 f. Sie nähern sich dem Prinzip Hachenburgs. Das gilt auch von der Formulierung von v. Blume im „Recht" 1908 S. 653.

[3]) Prot. II S. 376; Mot. II S. 527. Vgl. oben S. 22 f.

Die engste Auslegung des Begriffs nimmt Staub[4]) vor. Er greift bei der Erörterung der Geschäftsbesorgung im § 362 HGB. auf die Streitfrage im BGB. zurück und weist auf die gesetzliche Unterscheidung in den §§ 675 BGB. und 23 Abs. 2 KO. zwischen gewöhnlichem Arbeitsvertrag und solchem Dienst- und Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, hin. Eine Geschäftsbesorgung könne nicht Dienste aller Art, sondern nur Dienste besonderer Art zum Gegenstande haben, und zwar seien Dienste rein tatsächlicher Art — im augenscheinlichen Gegensatz zu den Motiven[5]) — auszuscheiden, obgleich auch eine tatsächliche Handlung Gegenstand eines Auftrags nach § 662 sein könne[6]). „Gemeint ist unter Geschäftsbesorgung die Besorgung eines Rechtsgeschäfts, das an und für sich der Sorge des anderen obliegen würde, durch die daher das Interesse des anderen gefördert wird." „Zieht man diese Grenze nicht und schließt auch die rein tatsächlichen Geschäfte in den Begriff ein, so entsteht völlige Unklarheit."

Die Anschauung Staubs ist unbestritten, soweit danach die Vornahme von Rechtsgeschäften dem Begriff subsumiert wird. Das ergibt sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Mandats, das in älteren Rechten mit der Vollmacht verbunden war. Gleichgültig ist, ob die Rechtsgeschäfte in direkter oder in indirekter Vertretung des Geschäftsherrn vorgenommen werden. Für die indirekte Vornahme von Rechtsgeschäften gibt das Gesetz selbst ein wichtiges Beispiel in der Tätigkeit des Kommissionärs.

Zur Geschäftsbesorgung gehört demnach unbestritten die Vornahme von Rechtsgeschäften, die auch den größten und wichtigsten Teil aller Geschäftsbesorgungen ausmachen, insbesondere im Handelsrecht, das man geradezu als das „Recht des rechtsgeschäftlichen Massenverkehrs" definiert hat. Wie steht es aber um die von Staub vorgenommene Beschränkung des Begriffs auf Rechtsgeschäfte?

Staub leugnet, daß sich zwischen Geschäftsbesorgung und Tätigkeit jeder Art noch irgendwelche Grenzen ziehen lassen, und es hat den Anschein, als ob er nur um einer klaren Abgrenzung willen eine so enge Definition verteidigt. Gleiches gilt für Eck[7]), der sich Staub an-

---

[4]) Staub-Koenige § 362 Anm. 2—4, unverändert die Vorauflagen. Angeschlossen haben sich Eck, Vorträge I S. 513 und Koenige, HGB. § 362; für § 675 Makover § 362.

[5]) Mot. II S. 527.

[6]) Staub beruft sich auf RG. Bd. 65 S. 18. Er macht zwischen der Geschäftsbesorgung des § 675 und der des § 662 einen Unterschied!

[7]) Vorträge Bd. 1 S. 513.

geschlossen hat und ausführt: „Fraglich ist, ob hier unter Geschäftsbesorgung nur die Besorgung von Rechtsgeschäften oder auch von faktischen Geschäften zu verstehen ist. Entscheidet man sich für die zweite Alternative, dann fällt beinahe jeder Dienstvertrag unter § 675. Deshalb möchte ich mich für die erste entscheiden." Eine solche Argumentierung darf aber deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil sie auf Kosten des Begriffes geht und den nur schwer zu begrenzenden Teil der Arbeitsleistung mit Geschäftsbesorgungscharakter in der Begriffsbestimmung unberücksichtigt läßt. So ist denn auch die Begründung Staubs keineswegs überzeugend. Er kann nicht auf Grund des Gesetzes argumentieren: Geschäftsbesorgung sei die Besorgung von Rechtsgeschäften ebenso wie Geschäftsfähigkeit die Fähigkeit zur Eingehung von Rechtsgeschäften, da die beiden Begriffe etwas völlig Verschiedenes bezeichnen. Der Geschäftsführer besorgt fremde Geschäfte. Der Geschäftsfähige besorgt zunächst überhaupt nichts; er ist nur dazu imstande; er hat die Möglichkeit zum Geschäft. Die Terminologie des Gesetzes spricht höchstens gegen Staub. Kann doch ein Geschäftsführer auch geschäftsunfähig sein[8]). Überhaupt gebraucht das Gesetz stets das Wort „Rechtsgeschäft" und niemals das Wort „Geschäft", wenn es ausschließlich Rechtsgeschäfte meint, während umgekehrt das Wort „Geschäft" auch Tätigkeit anderer Art umfassen soll. Das Gesetz hätte auch sicher von „Rechtsgeschäftsfähigkeit" gesprochen, wenn nicht sprachliche Gründe entgegengestanden hätten. Wollte man unter Geschäftsbesorgung ausschließlich die Besorgung von Rechtsgeschäften verstehen, dann hätte man diese Absicht mit Leichtigkeit und in nicht mißzuverstehender Weise zum Ausdruck bringen können und, da hier sprachliche Bedenken nicht vorliegen, im Sinne Staubs von einer „Besorgung von Rechtsgeschäften" sprechen müssen. Das Gesetz spricht aber von Geschäften schlechthin, einem viel allgemeineren Begriff, der tatsächliche Dienste mitumfaßt. Auch an gesetzlichen Beispielen für tatsächliche Handlungen, die als Geschäftsbesorgung angesehen werden, fehlt es nicht. So werden die Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften und die Leitung der Ausführung von Verrichtungen im § 831 BGB. als Geschäftsbesorgung bezeichnet. Die Beschränkung des Begriffs auf Rechtsgeschäfte führt auch höchstens zu unannehmbaren Ergebnissen. Um diese zu umgehen, wählt Staub einen Ausweg, indem er in gewissen Fällen die Vorschriften über die Geschäftsbesorgung entsprechend anwendet, der aber im Grunde schon eine Sprengung seiner Lehre bedeutet. Geht z. B. einem Reisebüro ein Antrag auf Beschaffung eines Rundreisebilletts zu, so wird man den

[8]) Das ergibt sich aus § 682 BGB.: ROLG. Bd. 12 S. 237 (OLG. Celle).

§ 362 HGB. auch mit Staub anzuwenden haben, da eine Geschäftsbesorgung vorliegt. Sind nun aber die fraglichen Bestimmungen auch dann anzuwenden, wenn der Antrag nicht auf Beschaffung, sondern nur auf Zusammenstellung eines solchen Billetts gerichtet ist? Im letzteren Falle handelt es sich zwar um die Vornahme eines tatsächlichen Dienstes. Staub verschließt sich aber der Ansicht nicht, daß man in beiden Fällen unmöglich verschieden entscheiden kann[9]). Dadurch hebt er sein Prinzip aber praktisch auf. Es ergibt sich daraus, daß die Beschränkung des Begriffs auf Rechtsgeschäfte nicht haltbar ist.

Der Grundsatz der Beschränkung der Geschäftsbesorgung auf Rechtsgeschäfte hat nach verschiedenen Richtungen hin Erweiterungen erfahren. Eine Gruppe von Schriftstellern, zu denen ehemals auch Matthiaß[10]) und Simeon[11]) gehörten, dehnt den Begriff auf Rechtshandlungen im weiteren Sinne aus. Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Enneccerus[12]): „Das Wort Geschäftsbesorgung ist ... auf solche Besorgungen zu beschränken, die man im Leben als Geschäftsbesorgung zu bezeichnen pflegt, d. h. auf die Vornahme von Rechtsgeschäften und sonstigen rechtlich bedeutsamen Handlungen." Die Motive[13]) nennen als Beispiele neben Delikten und gewissen prozessualen Handlungen die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes, Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag, Besitzerwerbshandlungen und Spezifikation. Enneccerus fügt hinzu: „Mahnungen, ferner eine Verwaltung, welche (wenn auch neben Handlungen rein tatsächlicher Natur) Rechtshandlungen umfaßt, die Vornahme prozessualer oder sonstiger, dem öffentlichen Recht angehöriger Handlungen; aber nicht die Übernahme häuslicher, gewerblicher, ärztlicher Dienste, die Unterrichtserteilung oder andere rein tatsächliche, d. h. Rechtsverhältnisse nicht berührende Verrichtungen, mögen sie auch wirtschaftlich noch so bedeutsam sein." Ähnlich definiert Wolff[14]): „Geschäftsbesorgung ist die Vornahme eines oder mehrerer Rechtsgeschäfte oder die mit einer Mehrheit von Rechtshandlungen verbundene selbständige Verwaltung eines Vermögensinbegriffs oder mehrerer Vermögensgegenstände." Un-

---

[9]) a. a. O. Anm. 4.

[10]) Matthiaß 4. Aufl. Bd. 1 S. 612.

[11]) Simeon 3. Aufl. S. 444 (auch 1909): „Geschäftsbesorgung ist die Vornahme von Geschäften ausschließlich oder doch vornehmlich rechtlicher Natur".

[12]) Enneccerus 1929 § 384 I. In der neuesten Auflage 1930 (Lehmann) ist der langjährige Standpunkt verlassen.

[13]) Mot. I S. 127.

[14]) Wolff, Komm. z. KO. § 23.

wesentliche Begriffserweiterungen finden wir bei Engelmann[15]) und Kohler[16]), die neben Rechtshandlungen im weiteren Sinne auch solche Handlungen hierher rechnen, „welche mit jenen Handlungen in vorbereitendem oder sicherndem Verhältnis stehen, welche sie ermöglichen, unterstützen oder befestigen".

Gegen die Auffassung von Enneccerus und der ihm nahestehenden Schriftsteller lassen sich die gleichen Einwendungen erheben wie gegen Staub, da sich ihre Abgrenzungen lediglich als eine Erweiterung des Staubschen Prinzips charakterisieren lassen. Außerdem trägt der Begriff „Rechtshandlungen" keineswegs zu einer Klärung der Streitfrage bei. Der Begriff hat im BGB. keine Verwendung gefunden. Auch hat man von einer Übertragung der für Rechtsgeschäfte vorgesehenen Bestimmungen auf das Gebiet der Rechtshandlungen abgesehen, so daß eine analoge Anwendung nur bei eingehender Untersuchung des einzelnen Falls unter besonderer Würdigung des Inhalts und der Wirkung der anzuwendenden Regel in Frage kommen kann. Man hat die Grundsätze nicht auf die Rechtshandlungen angewandt, weil diese, was schon aus der obigen Kasuistik hervorgeht, den verschiedensten Gebieten angehören, deren einheitliche Regelung nicht ohne Gefahr ist. Hat man doch vorgeschlagen, den Begriff der Rechtshandlungen überhaupt fallen zu lassen[17]). Eine klare Scheidung bringt die Ausdehnung des Begriffs Geschäftsbesorgung auf die Rechtshandlungen nicht, da jene Handlungen keineswegs feststehen. Die Grenze zwischen Geschäftsbesorgung und Arbeitsleistung wird völlig verwischt, wenn außer Rechtshandlungen i. w. S. auch noch solche Handlungen hinzukommen sollen, die Rechtsgeschäfte vorbereiten oder festigen. Wo die Grenze zu ziehen ist, wird nicht klar, da es der Prüfung jedes Einzelfalls überlassen bleiben muß, festzustellen, wann das entsprechende Verhältnis der einzelnen Handlung zu Rechtsgeschäften und dem ohnehin umstrittenen Gebiet der Rechtshandlungen i. w. S. vorliegt.

Einige Schriftsteller übernehmen den gemeinrechtlichen Mandatsbegriff und damit die Unterscheidung zwischen den operae liberales und illiberales und sehen als Geschäftsbesorgung nur die Dienst- und Werkverträge an, die operae liberales zum Gegenstande haben, d. h. solche Geschäfte, die man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte. Dieser eigenartige Standpunkt, der die römisch-rechtliche Arbeitsauffassung wiederaufleben läßt, wird vertreten von Dernburg[18]), dem sich einige Dissertationen angeschlossen haben[19]).

[15]) Engelmann a. a. O. S. 324.
[16]) Kohler a. a. O. § 43 S. 116 f.
[17]) Bormann S. 36.
[18]) Dernburg II § 293 IV.
[19]) Bormann S. 29 f., v. Minningerode S. 41.

Obwohl wir Dernburgs Stellungnahme zu der Geschäftsbesorgung im § 362 HGB. schon erörtert haben, sind seine Ausführungen zum § 675 BGB. von Interesse, weil sie für diese Bestimmung den gemeinrechtlichen Auftragsbegriff aufrechterhalten, der in der dem § 362 HGB. entsprechenden Vorschrift des ADHGB. (Art. 323) dessen Anwendbarkeitsgebiet abgrenzte. Dernburg geht von der Entstehungsgeschichte des § 675 aus und hebt ganz richtig hervor, daß eine dem § 675 ähnliche Bestimmung im ersten Entwurfe zu einem BGB. gefehlt habe und habe fehlen können, da man sowohl den entgeltlichen wie den unentgeltlichen Auftrag nebeneinander gekannt habe. Die Notwendigkeit dieser Bestimmung habe sich aus der Aufstellung der Unentgeltlichkeit als das nach seiner Ansicht einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen Auftrag und Arbeitsverträgen ergeben, da die Dienst- und Werkverträge, welche früher entgeltliche Aufträge waren, infolge ihrer inneren Gleichartigkeit mit dem Auftrage eine Anwendung gewisser Auftragsvorschriften bedingten. Danach habe jeder Dienst- und Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande. Da aber das Gesetz deutlich zwischen gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen und solchen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, einen Unterschied mache, den in der Literatur aufgestellten Ansichten über diese Unterscheidung innere Gründe aber völlig ermangelten, so könne man nicht umhin, die auftragsähnlichen Dienst- und Werkverträge, welche man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte (operae liberales), hierherzurechnen. Dernburg führt als Beispiele an: die Dienste des Rechtsanwaltes und anderer Vertreter in Rechtsangelegenheiten, des Lehrers, des Geistlichen, Arztes, Künstlers.

Es muß auffallen, daß für § 362 HGB. von der aus der Geschichte gewonnenen Begrenzung abgewichen wird, obwohl doch gerade in der dem § 362 HGB. entsprechenden Vorschrift des ADHGB. vom Mandat die Rede war und man eine Auffassung, welche die Geschäftsbesorgung dem Mandat gleichstellt, dort weit eher als im BGB. hätte verstehen können. Wenn Dernburg der Geschäftsbesorgung im BGB. den Inhalt des honorierten Mandats geben will, so wird die Streitfrage über das Wesen des Mandats [20]) darüber, welche Dienstleistungen als operae liberales anzusehen sind, auch in das BGB. hineingetragen [21]). Daß das nicht angängig ist, ergibt sich aus der Geschichte der Auftragsvorschriften. Durch die klare Scheidung von Auftrag und Arbeitsvertrag hatte man gerade die sich hieran knüpfenden Schwierigkeiten vermeiden

---

[20]) Vgl. die Darstellung der Kontroverse bei Minnengerode S. 15 ff.
[21]) Das gibt Bormann zu, der im übrigen die Dernburgsche Auffassung mit der Abgrenzung Staubs kombiniert (S. 28).

wollen, und die Motive [22]) verwahren sich ausdrücklich gegen eine solche Auffassung des Auftrages, die eine stehengebliebene Anschauung einer ganz anderen Welt auf das moderne Recht übertragen will. Während nach dem gemeinen Recht die höheren Dienste unter das entgeltliche Mandat fallen, werden sie im BGB. durch einen gewöhnlichen Arbeitsvertrag übernommen, sofern sie entgeltlich sind. Nur in den Fällen, in denen die höheren Dienste außerhalb der gewöhnlichen Arbeitsvertragsbestimmungen auch heute noch einer besonderen Behandlung bedürfen, ist eine solche Regelung unter ausdrücklicher Hervorhebung der höheren Dienste vorgesehen [23]).

Eine weitere Gruppe zieht die Haupterscheinungsformen der Arbeit, die Dienst- und Werkleistung und deren Bestimmbarkeit, zur Begrenzung des Begriffs heran. Nur die Entfaltung einer Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten, Tätigkeit, welche es auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges rechtlicher oder tatsächlicher Art abstellt, soll als Geschäftsbesorgung anzusehen sein. Begründer dieser Lehre ist Hellwig [24]), an dessen Ausführungen die Anhänger dieser Gruppe sämtlich anknüpfen [25]).

Der Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit der Geschäftsbesorgung, der uns bei der Untersuchung der für die Geschäftsbesorgung aufgestellten Regeln entgegentrat, ist von Hellwig aufgenommen und wird mit besonderer Schärfe vertreten. Auf der Basis der Erfolgsbestimmtheit der Tätigkeit führt er aus, daß der Dienstvertrag im allgemeinen keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe. Wohl aber könne auf Grund desselben die Besorgung eines bestimmten Geschäfts angeordnet werden. Hingegen sei es unmöglich, einen Werkvertrag zu finden, der keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe, da der Werkvertrag stets auf die Herbeiführung eines Erfolges für den Besteller hinziele.

---

[22]) Mot. II S. 456.

[23]) Beispiele finden wir in den §§ 622 und 627 BGB. (vgl. auch § 133a GewO.); wollte man unter Geschäftsbesorgung die operae liberales verstehen und dementsprechend § 675 anwenden, dann wäre § 627 überflüssig, da für die dort geregelten Fälle im § 675 auf eine weitere Kündigungsvorschrift (§ 671 Abs. 2) verwiesen wird.

[24]) Verträge S. 517 und Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben S. 16.

[25]) An Hellwig haben sich angeschlossen Winscheid-Kipp, Pand. II; Schollmeyer, Recht der Schuldverh. S. 91; ehemals auch Jaeger sehr entschieden (1902) § 22 Anm. 10: obwohl Hellwigs Anschauung „mit bewußtem Widerspruch gegen die Systematik des Gesetzes auftritt".

Danach kann es zweifelhaft werden, ob überhaupt ein Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben kann. Denn Gegenstand des Dienstvertrages sind Dienste, nicht der Erfolg derselben. Auf den Erfolg stellt es aber Hellwig allein ab. Nach der von Hellwig selbst gezogenen Folgerung sind jedenfalls alle Werkverträge ausnahmslos auch Geschäftsbesorgungsverträge. Dieses Resultat widerspricht unzweifelhaft der Fassung des § 675 BGB., der ausdrücklich sowohl von zwei durch die Geschäftsbesorgung zu unterscheidenden Arten von Dienstverträgen, als auch von zwei Arten von Werkverträgen spricht. Hätten die Gesetzgeber die im § 675 angezogenen Vorschriften auf alle Werkverträge anwenden wollen, so würden sie den § 675 etwa formuliert haben: „Auf einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, und den Werkvertrag finden die §§... entsprechende Anwendung." [25a]) Die Bestimmtheit des Erfolges ist u. E. aber auch aus einem anderen Gesichtspunkt nicht zur Feststellung des Begriffs geeignet. Denn jede Tätigkeit, mit Ausnahme sinnloser Handlungen, stellt es letzten Endes auf einen Erfolg ab. Auch innerhalb des Dienstvertrages wird erfolgsbestimmte Tätigkeit in diesem Sinne geleistet, und die Arbeitsverpflichtung wird nicht etwa dadurch modifiziert, daß ein Entgelt für die Tätigkeit als solche oder in Abhängigkeit von einem beabsichtigten Erfolg gezahlt wird. — Allerdings wird man die Bestimmtheit des Gegenstandes der Tätigkeit fordern müssen. Es scheiden also zunächst solche Verträge aus, in denen der Arbeitsverpflichtete seine Arbeitskraft ganz allgemein zur Verfügung stellt. Ob eine Geschäftsbesorgung im allgemeinen Dienst- oder Anstellungsvertrag überhaupt vorgenommen werden kann, wird noch eingehender zu prüfen sein. Hier ist festzustellen, daß der Geschäftsbesorgungsauftrag allgemein, d. h. ohne Kennzeichnung aller einzelnen dazu erforderlichen Handlungen erteilt werden kann. Der Beauftragte wird dann aber alle Maßnahmen, die die Angelegenheit betreffen, vorzunehmen haben, auch solche, für die sich erst nachträglich ein Bedürfnis herausstellt [26]). Unmöglich kann aber jede auf ein bestimmtes Ziel gerichtete Tätigkeit eine Geschäftsbesorgung sein. Wäre das der Fall, so würde ein Widerspruch zu § 675 bestehen bleiben.

Die Konsequenz Hellwigs, jeder Werkvertrag habe eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande, glaubt Albert [27]), der sich im übrigen an Hellwig anschließt, nicht ziehen zu müssen. Er unterscheidet zwischen zwei Arten von Werkverträgen, je nachdem der Besteller weisungsberechtigt ist oder nicht.

[25a]) Ähnlich Ostermeyer S. 14.
[26]) RG. Bd. 90 S. 214.
[27]) Tübinger Diss. S. 76 ff.; ebenso Glaser S. 50.

Das Weisungsrecht gewährleistet indessen keine sichere Abgrenzung, wie denn auch Albert die Entscheidung über dessen Bestand und Umfang der Parteivereinbarung und Treu und Glauben anheimstellen muß. Die vermögensrechtliche Beziehung der Geschäftsbesorgung zum Geschäftsherrn bleibt unberücksichtigt. Hingegen wird das Moment der Selbständigkeit der Tätigkeit aufgeführt [28]).

An Hellwig knüpft auch Lenel [29]) an. Auch er widerspricht der Folgerung, daß alle Werkverträge eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, und hält es für eine falsche Konstruktion des Gesetzes, wenn dieses im § 675 überhaupt von Werkverträgen solchen Inhalts spreche. Die Tätigkeit, die im entgeltlichen Auftragsvertrag versprochen werde, sei eine ganz andere als die im Werkvertrag zugesagte. Zwischen Werkvertrag und entgeltlichem Auftrag bestehe folgender, tiefgreifender Unterschied: „Der Unternehmer verspricht die Herstellung eines Werkes, d. h. den Erfolg selbst. Der Beauftragte, auch wenn er Entgelt empfängt, verspricht nur Geschäftsbesorgung, d. h. nur tätig zu werden zum Zwecke der Herbeiführung des Erfolges." [30]). — „Dieser Unterschied bleibt bestehen auch dann, wenn dem Beauftragten Lohn nur im Falle der Erreichung des gesetzten Zieles versprochen wird. — Dieses ist ja wohl der Fall, den die Verfasser des § 675 mit dem Ausdruck Werkvertrag treffen wollten, denn die Bedingungen, unter denen der Lohnanspruch entsteht, modifizieren nicht den Inhalt der von dem Beauftragten übernommenen Verpflichtung."

Auch die Lenelsche Lösung ist nicht frei von Widersprüchen. Der entgeltliche Auftrag und der Vertrag auf Geschäftsbesorgung fallen im § 675 zusammen. Nicht einzusehen ist, daß bei der Besorgung eines Geschäfts für einen anderen nur das Tätigwerden zur Vollendung des Geschäfts, nicht aber auch die Herbeiführung des Abschlusses des Geschäfts versprochen werden kann. Auch geht aus dem Gesetz nicht hervor, daß die Tätigkeit zur Herbeiführung des Erfolges auch beim Werkvertrag das Unterscheidungsmerkmal der Geschäftsbesorgungsverträge des § 675 sein soll. Denn sieht man die Geschäftsbesorgung lediglich in dem Tätigwerden zum Zwecke der Herbeiführung des Er-

---

[28]) Auf derselben Kombination basiert auch die Definition von Becker a. a. O.

[29]) in JheringsJahrb. Bd. 44 S. 32 ff.

[30]) a. a. O. S. 37. Beispiele ebendort: „Der mit einem Einkauf oder Verkauf Betraute verspricht nicht das Zustandebringen des Vertrags, der Inkassomandatar nicht das Eingehen der Gelder, der Arzt nicht die Heilung des Kranken; aber der Architekt verspricht allerdings die Herstellung des Baues, der Transportunternehmer den Transport bis ans Ziel, der Uhrmacher die Reparatur der Uhr usf."

folges und nicht auch in dem Erfolg selbst, so können nur Dienstverträge unter den Begriff fallen. Somit kommt Lenel zu dem umgekehrten Ergebnis wie Hellwig. Unklar bleibt eine Scheidung der Verträge, die durch die Geschäftsbesorgung qualifiziert sind, von den übrigen Dienstverträgen [31]).

Eine andere Gruppe fußt auf dem in den Bestimmungen über die Geschäftsbesorgung mit besonderer Deutlichkeit hervorgetretenen Moment der Selbständigkeit in der Ausführung der Tätigkeit. Nicht die rechtliche Bedeutung der Tätigkeit für den Arbeitsberechtigten sei ausschlaggebend, sondern die Frage, wie diese Arbeit von dem Verpflichteten geleistet werde, ob selbständig oder unselbständig, mechanisch. Nur die selbständige Tätigkeit des Arbeitsverpflichteten für den Arbeitsberechtigten sei als Geschäftsbesorgung anzusehen.

Den Grundstein zu dieser Auffassung legt Endemann [32]), der unter Geschäftsbesorgung „die Entfaltung einer selbständigen, in die zivilrechtlich anerkannten Verhältnisse eines anderen unmittelbar eingreifende Tätigkeit" versteht. Gleichgültig sei, ob es sich um rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Besorgung handele, soweit nur bürgerlichrechtliche Beziehungen getroffen werden. Auch die prozessualen Geschäftsbesorgungen gehören hierher. Sie bedürfen keiner besonderen Erwähnung, da es sich nur um eine bestimmte Ausführungsform jener Beziehungen handele. Das Vorbild gebe der Auftrag. Die mit ihm verbundene selbständige Tätigkeit, die regelmäßig auch eine gewisse Vertretungsmacht enthalte, sei das entscheidende Merkmal jeder Geschäftsbesorgung, nicht der Gegenstand der Besorgung [33]).

Noch weiter geht Sigel [34]). Er findet das charakteristische Merkmal der Geschäftsbesorgung in der sozialen Bedeutung der Arbeitsverträge. „Bei dem gewöhnlichen Arbeitsvertrag ist der Arbeiter stets abhängig vom Arbeitgeber. Nun gibt es aber auch Dienstverträge, durch deren Abschluß der Dienstverpflichtete sich nicht in wirtschaftliche

---

[31]) An Hellwig und Lenel haben sich Höchstädter und Wittmer (S. 25) angeschlossen. Höchstädter modifiziert die Auslegung Hellwigs, indem er der erfolgbestimmten Tätigkeit das Moment der Selbständigkeit hinzufügt. Innerhalb der Verträge auf Geschäftsbesorgung macht er einen Unterschied derart, „daß das Entgelt bald bedingt, bald unbedingt geschuldet werden will" und bezeichnet sie danach als dienstvertragsähnliche oder werkvertragsähnliche Aufträge (S. 18 ff.).

[32]) § 172 S. 1081.

[33]) An diesem Orte ist auf Höchstädter (S. 16), Albert (S. 79), Wittmer (S. 26) und Glaser (S. 50) hinzuweisen, weil auch sie auf die Selbständigkeit der Tätigkeit Gewicht legen. Sie rechnen zur Geschäftsbesorgung aber nur (erfolgs-)bestimmte Tätigkeit. Vgl. oben S. 42 und Anm. 31 o.

[34]) a. a. O. S. 5.

Abhängigkeit zum Dienstgeber stellt[35]), so z. B. bei der Tätigkeit des Rechtsanwalts, Arztes u. a. In solchen Fällen wird man, ohne dem Sprachgebrauch einen Zwang antun zu müssen, von der Besorgung eines Geschäfts bzw. einer Mehrheit von Geschäften reden dürfen."

Sigel weicht von der Auffassung Endemanns ab, da er weniger die Art und Weise der Tätigkeitsausführung als die soziale Stellung des Besorgers den Ausschlag geben läßt. Denn wirtschaftliche Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Tätigkeitsausführung decken sich nicht unbedingt, wenn auch in häufigen Fällen. Sigels Anschauung begrenzt die Geschäftsbesorgung aber zu sehr. Auch innerhalb eines Arbeitsvertrages im Sinne des Arbeitsrechts kann eine Geschäftsbesorgung vom Arbeiter für den Arbeitgeber vorgenommen werden[36]). Indessen ist die Selbständigkeit der Tätigkeitsausführung in Übereinstimmung mit der aus dem Gesetz ersichtlichen Tendenz auch nach der in dieser Abhandlung vertretenen Auffassung für die Abgrenzung der Geschäftsbesorgung von der gewöhnlichen Arbeitsleistung unerläßlich. Das Moment reicht jedoch allein nicht aus. Die Definition Endemanns ist so weit, daß sie alle Arbeitsverträge umfaßt, sofern sie nur selbständige Tätigkeit zum Gegenstande haben. Es gibt aber manche Tätigkeiten, die trotz selbständiger Ausführung keine Geschäftsbesorgung für einen anderen darstellen. Dahin wird etwa die Tätigkeit des Lehrers, des Geistlichen, des Arztes und Künsters gehören, und zwar dann, wenn deren Dienste nicht „für", sondern „gegenüber" dem anderen geleistet werden. Der Nachteil der Endemannschen Auffassung liegt darin, daß auf eine Beschränkung des Gegenstandes der hierher gehörigen Tätigkeit verzichtet wird.

Die Anschauung Endemanns leitet über zu Brodmann[37]), soweit sie auf einer gewissen Vertretung des Geschäftsherrn fußt. Was Hellmann in seiner Definition[38]) — Geschäftsbesorgung umfaßt Dienste, die den Zweck haben, dem Berechtigten eigene Arbeit abzunehmen — schon andeutet und Lotmar[39]) präzisiert, wenn er fordert, daß der Geschäftsherr durch die Besorgung des übertragenen Geschäfts vertreten oder ersetzt werden müsse, findet bei Brodmann die schärfste Ausprägung. Der wesentliche Unterschied soll nicht in der Frage liegen, ob es sich um die Vornahme von Rechtsgeschäften oder um Leistung von Diensten handelt (also nicht im Gegenstand des Geschäfts), sondern darin, ob die Dienstleistung dem Auftraggeber (im

[35]) Beispiel: Der Gang des selbständigen Dienstmannes.
[36]) Vgl. darüber unten § 10 S. 63 f.
[37]) Brodmann, Die Handelsgeschäfte IV, 2 S. 34 ff.
[38]) KritVJSchr. Bd. 41 S. 125 f.
[39]) Der Arbeitsvertrag I S. 279.

Sinne des Sprachgebrauchs des täglichen Lebens) oder für ihn beschafft werde. Das „Moment einer Stellvertretung ist das Entscheidende, nicht einer Vertretung im Rechtssinn, sondern eines geschäftlichen Eintretens. Denn ob der Beauftragte das aufgetragene Geschäft als Stellvertreter des Auftraggebers oder als sein Bote oder im eigenen Namen erledigen soll, ist für das, was § 362 HGB. vorschreibt, ohne Bedeutung [40]). Immer aber muß es sich um eine Sache handeln ..., die den Auftraggeber im Verhältnis zu einem Dritten angeht" [41]).

Die Anschauung Brodmanns stimmt mit der von Endemann vertretenen überein, soweit sich die Geschäftsbesorgung mit einer gewissen Vertretung befaßt, denn die Tätigkeit, die in Vertretung des Geschäftsherrn geleistet wird, wird schlechthin selbständig geleistet werden. Brodmann weicht ab, wenn er nur solche Beziehungen, die den Geschäftsherrn in Beziehung zu einem Dritten angehen, hierherrechnet. Damit kommt er praktisch einer weder durch den Sprachgebrauch noch durch das Gesetz gebotenen Einschränkung der Geschäftsbesorgung auf Vornahme von Rechtshandlungen i. w. S. für einen anderen (Staub!) sehr nahe, die auch beabsichtigt zu sein scheint, da ausgeführt wird: „Es besteht gar kein Bedürfnis, den § 362 HGB. ausdehnend oder überhaupt anders als eng auszulegen." [42]). Das Leben verlangt aber eine weitere Auslegung, wie schon J. v. Gierke [43]) in einem bekannten Beispiel nachweist, daß man unmöglich verschieden entscheiden könne, je nachdem der einem Reisebüro zugesandte Antrag auf „Besorgung" oder auf „Zusammenstellung" eines Rundreiseheftes geht. Im letzteren Falle fehlt unzweideutig die Beziehung zu einem Dritten. Daher ist nach Brodmann das Büro seiner Antwortpflicht enthoben [44]), während es im letzteren Falle zu antworten hätte.

---

[40]) Bis hierher gl. M. Wilmowsky § 23 Anm. 2 S. 113.

[41]) Vgl. auch Dniestrzanski, Aufträge S. 285 ff. und 344: „Geschäft ist jede Anknüpfung von Rechtsbeziehungen mit Dritten." Neuerdings ist dieser Standpunkt zugunsten einer allgemeineren Definition verlassen.

[42]) a. a. O. S. 35 Anm. 13.

[43]) a. a. O. S. 517.

[44]) Ein unbefriedigendes Resultat würde die Auffassung Brodmanns und Staubs auch in folgenden Beispielen ergeben: Eine Briefmarkenhandlung erbietet sich zur Schätzung und Prüfung der Marken auf ihre Echtheit, evtl. zur Weiterversendung einzelner Exemplare an eine Prüfstelle. Die Briefmarkenhandlung hätte auf einen Antrag gemäß der Anschauung von Staub und Brodmann nur dann zu antworten, wenn sie Marken zu einer Prüfung weiterversendet — was von vornherein noch gar nicht feststeht —, weil sie erst dadurch in Beziehung zu einem Dritten tritt. Würde die Handlung die Prüfung bei allen Marken selbst übernehmen können, so würde sie auch nicht zu antworten brauchen, da sie nicht in Beziehung zu einem Dritten tritt. — Gleichwohl ist in beiden Fällen im Falle der Anlehnung des Antrags die Ab-

Wieder andere Schriftsteller grenzen die Geschäftsbesorgung von der gewöhnlichen Arbeitsleistung nach ausschließlich ökonomischen Gesichtspunkten ab. Nicht so sehr die Ausführungsart oder die rechtliche Beziehung der Tätigkeit zum Geschäftsherrn sondern deren tatsächliche Beziehung zum Geschäftsherrn sei zur Bestimmung der Geschäftsbesorgung heranzuziehen. Ausschlaggebend soll die Entfaltung physischer oder geistiger Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit vermögensrechtlicher Natur sein. Welcher Art die Tätigkeit ist, ob Rechtsgeschäftsbesorgung oder gewöhnliche Dienstleistung, sei gleichgültig. Sobald auf das Vermögen des Geschäftsherrn eingewirkt werde, liege Geschäftsbesorgung vor. Alle außervermögensrechtliche Arbeitsleistung falle nicht unter den Begriff. Hauptvertreter dieser Auffassung ist Cosack[45]), der unter Geschäftsbesorgung, „jede Arbeit, die das Vermögen des Arbeitgebers über die von ihm für die Arbeit zu leistende Vergütung hinaus beeinflussen soll, sei es rechtlich, sei es tatsächlich, sei es unmittelbar, sei es mittelbar", versteht. Während Kleiderreinigen als Geschäftsbesorgung angesehen wird, soll Vorlesen und Spazierenfahren nicht unter den Begriff fallen. Gegenüber früheren Auflagen ist die Begriffsbestimmung erweitert, da danach nur die „rechtlich" das Vermögen des Arbeitsempfängers berührende Tätigkeit des Arbeitsverpflichteten hierhergerechnet wurde[46]). Zahlreiche Schriftsteller stehen auf dem bezeichneten Standpunkt Cosacks[47]) oder weichen nur unwesentlich von dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit der Geschäftsbesorgung ab[48]).

---

lehnung wünschenswert. — Einer Annoncenexpedition wird eine Anzeige zur Weiterbeförderung an eine Zeitung übersandt. Im Ablehnungsfall muß die Expedition antworten, da sie ja ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abschließen soll. Geht die Anzeige aber der Zeitung selbst zu, so würde die Zeitung einer Antwortpflicht enthoben sein, da sie durch ihre Tätigkeit nicht ohne weiteres in Beziehung zu Drtitten tritt, sondern zunächst nur eine tatsächliche Handlung vornehmen soll. — In solchen und ähnlichen Fällen wird man aber entgegen Staub und Brodmann im Falle der Ablehnung des Antrags die Antwortpflicht des § 362 HGB. oder des § 663 BGB. annehmen müssen, je nachdem, ob die Voraussetzungen der einen oder der anderen Vorschrift vorliegen.

[45]) Cosack(-Mitteis) 1927 Bd. 1 § 205 II, 3a S. 636.

[46]) z. B. 2. Aufl. Bd. 1 S. 508.

[47]) Und zwar: Heinsheimer, BGB. 1900 Bd. 1 S. 221 f.; Simeon-David 14./15. Aufl. I S. 509 f. (abweichend von früheren Auflagen, in denen nur Rechtshandlungen dem Begriff subsumiert wurden, vgl. 3. Aufl. 1901 S. 444); Isay a. a. O. S. 44; Leonhard in KritVJSchr. Bd. 44 S. 411; Tränkner in SächsArch. Bd. 9 S. 175; Kleinberger in BayRpflZ. 1907 S. 253; Kreß a. a. O. S. 194; Zitelmann in ZHR. Bd. 52 S. 47 f.; Ostermeyer a. a. O. S. 53.

[48]) Riezler a. a. O. S. 76; vgl. unten S. 48 f. Von dem vermögensrechtlichen Standpunkt geht ebenfalls Lent (a. a. O. S. 78 ff.) aus. Allerdings

Die Vertreter dieser Anschauung sind auf dem richtigen Wege, wenn sie das wirtschaftliche Moment, das sich in den wichtigsten Vorschriften über die Geschäftsbesorgung zeigte, zur Bestimmung des Begriffs heranziehen. Sie gehen aber zu weit, wenn sie jede Vermögensveränderung, sei es nun Vermehrung, Verminderung oder Erhaltung derselben, als Geschäftsbesorgung bezeichnen. Werden doch ausgeschieden nur solche Tätigkeiten, die zugunsten irgendwelcher Individualgüter des Lebens, der Gesundheit oder der Ehre vorgenommen werden oder die geringe Zahl der Tätigkeiten, die auf Wahrung rein wissenschaftlicher künstlerischer oder politischer Interessen gehen und die im Leben auch allgemein nicht als Geschäftsbesorgung angesehen werden dürften. Welches Verhältnis besteht aber nach dieser Auslegung gegenüber völlig mechanischen Arbeitsleistungen, auch wenn diese das Vermögen oder die Wirtschaftssphäre des Arbeitsempfängers berühren? Nach der Cosackschen Formulierung fällt jedenfalls jede unselbständige Arbeitsleistung mit vermögenseinwirkendem Charakter unter den Begriff Geschäftsbesorgung. Der Arbeiter, der am Tag acht Stunden Kohlen schaufelt, ist aber ebensowenig Geschäftsbesorger wie die Hausangestellte, wenn sie die Zimmer fegt, Kleider reinigt oder Teppiche klopft, der Bursche, der Stiefel putzt oder den Hof fegt, die Magd, welche die Kühe melkt oder im Garten gräbt, obwohl sie alle unzweifelhaft in der Wirtschafts- oder Vermögenssphäre des Arbeitsberechtigten eine vermögenseinwirkende Tätigkeit vornehmen. Nur wenn ihre Tätigkeit Fürsorge ist, sind sie es. Die Auftragsvorschriften deuten alle auf eine selbständige Fürsorgetätigkeit hin, bei einer unselbständigen Tätigkeit erübrigen sie sich. Man wird also bei der Geschäftsbesorgung an selbständige Tätigkeiten zu denken haben, bei denen insbesondere eine Beantwortungspflicht eines dahingehenden Antrages überhaupt von Bedeutung werden kann. Dieselbe Kritik gilt auch den Definitionen, die anstatt von Einwirkung auf das Vermögen allgemeiner nur eine Tätigkeit verlangen, die innerhalb des Rechts- und Wirtschaftskreises des Geschäftsherrn vorgenommen wird [49]).

Im Zusammenhang mit dieser Gruppe ist auch auf Riezler [50]) einzugehen, der in der Darlegung seiner Auffassung zwar von Cosack ausgeht und teilweise mit ihm harmoniert, dann aber doch erheblich

---

begreift er unter „Geschäfte" auch die tatsächlichen Handlungen, die auf Personenrechte oder Rechtsgüter einwirken. Sein Standpunkt kommt insofern der Abgrenzung von v. Blumes (Fürsorge für Person oder Vermögen) in „Recht" 1908 S. 653 und Michaelis a. a. O. S. 32 sehr nahe.

[49]) Planck 4. Aufl. 1929 § 675 Anm. 2 (die 3. Aufl. steht auf dem Standpunkt Hachenburgs) und Staudinger-Kober 1929 § 675 Anm. 2.

[50]) a. a. O. S. 76.

von ihm abweicht. Er will außer Rechtsgeschäften und Tätigkeit tatsächlichen Charakters, „sofern der Auftraggeber bzw. Besteller an ihr ein unmittelbares Vermögensinteresse hat", ferner der Geschäftsbesorgung auch solche Tätigkeit unterstellen, die „in Ausübung eines auf Vornahme solcher Handlungen gerichteten Berufes vorgenommen wird".

Gegen Riezler ist einzuwenden, daß durch das letztere Merkmal der Kreis der Geschäftsbesorgungen so weit gezogen wird, daß die meisten Arbeitsverträge darunter fallen. Nur die verhältnismäßig seltenen Fälle, in denen jemand gegen Entgelt geistige oder künstlerische Arbeit außerhalb seines Berufes übernimmt, bleiben ausgeschlossen [51]). Die ausgeschlossenen Tätigkeiten sind indessen von so geringer praktischer Bedeutung, daß man ihre Eigenart ohne Gefahr ignorieren und die Streitfrage unter diesem Gesichtspunkt als wertlos bezeichnen kann. Riezler hat also von seinem Standpunkt aus recht, wenn er eine Bestimmung des Begriffs für ziemlich unwichtig hält [52]). Er hat sich vielleicht durch den § 663 BGB. dazu bestimmen lassen, jede berufsmäßige Tätigkeit dem Begriff zu unterstellen, weil die Antwortpflicht z. B. beim Arztberuf nicht selten wünschenswert erscheint. Zweifelhaft ist aber, ob diese Abgrenzung im § 663 Satz 2 noch zutrifft.

An die vom Gesetz gegebenen Anhaltspunkte der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit und deren selbständige Ausführung im Interesse des Geschäftsherrn knüpft endlich eine weitere Gruppe von Schriftstellern an. Meist hat man sich nicht auf die vermögensberührende Tätigkeit beschränkt, sondern allgemeiner eine selbständige Einwirkung auf die Wirtschaftssphäre des Arbeitsempfängers gefordert. Besonders eindrucksvoll stellt der Kommentar der Reichsgerichtsräte [53]) die einzelnen Abgrenzungsmomente der Geschäftsbesorgung gegenüber der gewöhnlichen Arbeitsleistung zusammen: „Das Merkmal, das die Leistungen des Auftrags und der Geschäftsführung ohne Auftrag sowie der Dienst- und Werkverträge des § 675 von anderen rechtlich erheblichen Tätigkeiten unterscheidet, ist das Handeln für einen anderen (vgl. § 677). Die Besorgung einer Angelegenheit für einen anderen ist die Vornahme einer Tätigkeit, die an und für sich der Sorge dieses anderen obliegen würde und in dessen Interessenbereich fällt, in seinem Interesse (RG. 103, 411). Nicht dagegen notwendig

---

[51]) Beispiele von Riezler a. a. O. S. 77: „Wenn jemand, ohne zünftiger Zeitungsschreiber zu sein, gegen Honorar einen Artikel schreiben soll, oder wenn ein Dilettant gegen eine Vergütung in einem Konzert oder Schauspiel auftreten soll."

[52]) S. 74.

[53]) 1928 Vorbem. zum 10. Titel Anm. 2 S. 316.

in seiner Vertretung, an seiner Stelle; daß der andere die Tätigkeit selbst vorzunehmen hätte und vornehmen könnte, ist nicht erforderlich. Sie muß nur Gegenstand seiner Sorge sein, und diese Sorge muß ihm durch die Besorgung seitens des Handelnden abgenommen werden (RG. 97, 65). Daß ferner die Angelegenheit ein Geschäft sein muß, bedeutet einmal, daß ihr eine wirtschaftliche Beziehung anhaften, sodann, daß eine Tätigkeit Gegenstand der Besorgung sein muß" — „Geschäftsbesorgung ist hiernach eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlichen Charakters, die im Interesse eines anderen vorgenommen wird".

Eine große Zahl von Schriftstellern verteidigt die gleiche Auffassung[54]). Auch Lotmar[55]) gehört hierher. Abweichend von den übrigen Schriftstellern dieser Gruppe will er aber „die Vornahme von Arbeiten der Urproduktion" und „die Verrichtung bloß gewerblicher Arbeit im Sinne der Nationalökonomie, nämlich Formveränderung von Rohstoffen: Stoffumwandlung, Stoffveredlung" nicht als Geschäftsbesorgung ansehen.

Besondere Beachtung verdient auch der Umstand, daß die langjährig bei Enneccerus vertretene Beschränkung des Begriffs auf Rechtshandlungen nunmehr auch auf Handlungen selbständiger, wirtschaftlicher Natur ausgedehnt wird, „inwieweit die durch § 675 für anwendbar erklärten Auftragsfolgen auf die denkbaren Fälle einer solchen Geschäftsbesorgung passen"[56]). Ergab doch die Analyse der Bestimmungen über die Geschäftsbesorgung, daß diese Vorschriften auf eine solche Tätigkeit zugeschnitten sind. Insofern kommt die Auffassung dieser letzterwähnten Gruppe der Tendenz der Geschäftsbesorgungsbestimmungen am nächsten. Hervorzuheben ist, daß diese Schriftsteller fast sämtlich den Sprachgebrauch des Lebens den Ausschlag geben lassen. Man wird mit Oertmann[57]) sagen dürfen: „Gerade weil das Gesetz den Ausdruck ohne weitere Bestimmung aufnimmt, ist anzunehmen, daß es ihn im Sinne des Lebens verwendet wissen will." Untersuchen wir also den Sprachgebrauch, um eine endgültige Definition zu gewinnen.

---

[54]) Oertmann 1928 § 786 Anm. b; Crome § 252 I 1; Fischer-Henle 1921 § 675 Anm. 3; Bernau a. a. O. S. 233; Puttkammer S. 26 ff.; Mentzel, Komm. z. KO. 1926 § 23 Anm. 5 S. 110; Schwarz S. 708.

[55]) a. a. O. S. 274 ff., 279; ihm angeschlossen Jaeger § 22.

[56]) Enneccerus-Lehmann 1930 § 161 S. 534 f.

[57]) a. a. O.

§ 8.

Die Geschäftsbesorgung im Sprachgebrauch des täglichen Lebens.

Die Bestimmung der Geschäftsbesorgung durch den Sprachgebrauch hat man von vornherein dadurch zu kritisieren versucht, indem man auf den Umstand hinwies, daß dieser Weg in der Literatur zu größter Uneinigkeit gelange[1]). Ferner hat man vorgebracht, der Ausdruck „ein Geschäft für jemand besorgen" wurzele kaum irgendwo im Sprachgebrauch, sondern gehöre überwiegend der Gesetzessprache an[2]). Zuzugeben ist, daß das Wort „Geschäftsbesorger" im Sprachgebrauch des Lebens ungebräuchlich ist; hingegen ist die Wendung „ein Geschäft besorgen" der Sprache des täglichen Lebens durchaus geläufig. Schließlich hat man aber auch einen Sprachgebrauch des Gesetzes sowie des täglichen Lebens überhaupt geleugnet. So führt Staub[3]) aus: „... das Gesetz kennt keinen Sprachgebrauch; einen Sprachgebrauch des täglichen Lebens aber gibt es nicht." Es läßt sich aber leicht der Nachweis erbringen, daß es auf beiden Seiten einen Sprachgebrauch gibt. Das mögen die in der Anmerkung angeführten Beispiele, die sich beliebig vermehren lassen, dartun[4]). Wenn man zur Ergänzung eines im

---

[1]) Brandt S. 14. — „Zu einer zu engen Abgrenzung": Höchstädter S. 14.

[2]) Jahrbuch d. D. R. 2. Jahrg. § 675 e S. 404.

[3]) § 362 Anm. 3 S. 468.

[4]) Der „Auftrag" ist im Leben in der Regel entgeltlich, im Gesetz (BGB.) aber unentgeltlich. Im Depotgesetz (§§ 3, 5 und 8) und in der Rechtsanwaltsordnung (§ 32) ist unter dem Ausdrruck aber nur entgeltliche Tätigkeit zu verstehen. — Beim „Darlehen" denkt man im Leben an die Hingabe von Geld, nicht auch an die Hingabe von Sachen. — Die „Leihbibliothek" wird in Wirklichkeit ihre Bücher niemals ohne Entgelt hergeben; sie wird also im juristischen Sinn „Mietbibliothek" sein. — Die Benennung Aktienbesitzer, Hausbesitzer, Großgrundbesitzer wird nicht den juristischen Besitz des § 854 BGB. sondern Eigentum (§ 903 BGB.) treffen wollen. Ähnliches gilt für die Bezeichnung „Hausinhaber". — Die Versendung von Preisverzeichnissen oder Katalogen, die man im Leben als „Offerte" bezeichnet, wird meist nur eine Aufforderung zur Offerte sein; die Rechtswissenschaft versteht darunter einen bindenden Vertragsantrag. — Als „Kaufmann" bezeichnet sich schon der jüngste Lehrling. Dabei hat der Ausdruck eine spezifisch juristische Bedeutung im Sinne der §§ 1 ff. HGB. — Unter „Reederei" versteht man im Leben nicht nur den im § 489 HGB. festgelegten Fall, wenn mehrere Personen ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerbe durch die Schiffahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwenden, sondern auch die Fälle (vgl. § 489 Abs. 2 HGB.), in denen das Schiff einer Handelsgesellschaft gehört.

Gesetz nur schemenhaften Begriffes die Verwendung desselben im täglichen Leben einer Untersuchung unterzieht, so schlägt man dadurch einen durchaus normalen Weg ein, denn es ist anzunehmen, daß das Gesetz bei undefinierten Worten und Begriffen so redet wie der „Verkehr". Allerdings ist damit nicht unbedingt gesagt, daß sich nunmehr der Sprachgebrauch im Leben wird sicher feststellen lassen. Die verschiedenen, auf diesem Wege gewonnenen Ergebnisse für die Bestimmung der Geschäftsbesorgung beweisen höchstens, daß es sich hier um einen allgemeinen und vielseitigen Ausdruck handelt. Gehört doch der Fall, daß sich mit einem Worte nur eine streng eindeutige Bedeutung verbindet, zu den Seltenheiten. Doch ist auch die allgemeine Verwendung im Leben zu einer Festigung der sich aus dem Gesetz ergebenden Wesensmerkmale eines Begriffs heranzuziehen. Betrachten wir kurz die Ergebnisse in der Literatur auf Grund des Sprachgebrauchs, wenigstens soweit die Schriftsteller ausdrücklich darauf Bezug nehmen.

Eine bloß negative Feststellung finden wir bei Goldmann-Lilienthal[5]), Neumann[6]) und in den Motiven[7]) dahingehend, daß das Wort „Geschäftsbesorgung" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und nach der Sprache des Entwurfs die Deutung nicht zulasse, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte zu verstehen seien, eine bloße Dienstleistung aber nicht gemeint wäre. Allgemein bleiben auch Hellmann[8]): Geschäftsbesorgung sei die Vornahme von Rechtsgeschäften und solchen Handlungen, die dem dominus negotii die sonst erforderliche eigene Arbeit abnehmen, und Heck[9]): Eine inhaltliche Beschränkung lasse sich nicht beobachten, namentlich keine Beschränkung auf rechtsgeschäftliche, wirtschaftlich bedeutsame oder selbständige Handlungen. „Jede Wahrung von Interessen kann uns ohne Rücksicht auf die Art des Geschäfts als Führung fremder Geschäfte erscheinen." Nach Wilmowsky[10]) handelt es sich um eine Tätigkeit, die an Stelle des Geschäftsherrn im Bereich der nach der Verkehrsanschauung eigentlich ihm zufallenden Tätigkeit erfolgt. Sigel[11]) fordert zur Vornahme einer Geschäftsbesorgung wirtschaftliche Unabhängigkeit des Verpflichteten. Den am meisten einschränkenden Standpunkt unter Berufung auf den Sprachgebrauch vertrat bisher Enneccerus[12]). Das Wort Geschäftsbesorgung sei auf die Vornahme von

[5]) § 186.
[6]) Vorbem. z. 10. Titel der Schuldverh. S. 52.
[7]) II S. 527.
[8]) KritVJSchr. Bd. 44 S. 125; vgl. auch das. Bd. 41 S. 222.
[9]) a. a. O. § 118, 3.
[10]) Komm. z. KO. § 23 Anm. 2.
[11]) a. a. O. S. 5.
[12]) 1929 § 384 I S. 496.

Rechtsgeschäften oder sonstigen rechtlich bedeutsamen Handlungen zu beschränken. Neuerdings [13]) wird aber neben Rechtsgeschäften die Selbständigkeit und Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit als ausreichend angesehen. Das wirtschaftliche Moment der Geschäftsbesorgung findet sich in allen übrigen Definitionen, soweit sie vom Sprachgebrauch ausgehen. Selbst Höchstädter [14]) und Glaser [15]), die sich für eine weitere Auslegung des Gesetzes entscheiden, geben zu, daß dem Ausdruck in der Umgangssprache ein Anklang an Gewinn- und Nutzbringendes anhafte. Das Moment der Wirtschaftlichkeit kommt am entschiedensten zum Ausdruck bei Hellwig [16]): „Daß diese — die Geschäftsbesorgung — auf dem ‚geschäftlichen', d. h. auf dem Gebiete der für das Vermögen in Betracht kommenden Angelegenheiten liegen muß, ist von meinem Standpunkt selbstverständlich." Und an anderer Stelle [17]): „Was ist das Charakteristikum des Geschäftsmäßigen? Ich glaube, die Antwort wird keine andere sein, als die, daß es sich um Mein und Dein, um das wirtschaftliche und Erwerbsleben handeln muß." Nicht minder deutlich sagt Crome [18]): „Der Sprachgebrauch des Lebens unterscheidet deutlich das geschäftliche Tun von einem anderen. Unter Geschäftsbesorgung für andere ist nur solches Tun zu verstehen, das den anderen unmittelbar in seinem Vermögen betrifft, einen wirtschaftlichen Effekt für ihn herbeiführt." Zum Moment der Wirtschaftlichkeit fügen auf Grund des Sprachgebrauchs eine große Anzahl von Autoren [19]) das Moment der Selbständigkeit. Für alle sei Oertmann [20]) angeführt: „Danach wird man zur Geschäftsbesorgung alle diejenigen Dienste zu rechnen haben, die unmittelbar als solche für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sind ... bei denen zugleich auch dem Dienstpflichtigen wirklich die Besorgung eines Geschäfts, nicht nur eine unselbständige Dienstleistung überlassen wird." Auch die nur kasuistischen Abgrenzungen von Lotmar [21]), Jaeger [22]) und O. v. Gierke [23])

---

[13]) 1930 § 161 S. 534 f.
[14]) S. 14.
[15]) S. 14.
[16]) Verträge S. 517.
[17]) a. a. O. S. 56.
[18]) § 252 I, 1.
[19]) Staudinger § 675 Anm. 2; Isay S. 44 u. 46; Bernau a. a. O. S. 231; Zitelmann a. a. O. S. 31; Puttkammer S. 29 und Kreß S. 194 Anm. 30, nach dessen Ansicht die Verkehrsauffassung lehrt, daß es sich um eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Tätigkeit handeln muß.
[20]) Oertmann § 675 b.
[21]) a. a. O. S. 274 ff.
[22]) § 22 Anm. 22.
[23]) O. v. Gierke III S. 720; siehe auch Anm. 10 u. 11 das.

lassen erkennen, daß sie grundsätzlich auf dem gleichen Standpunkt stehen.

Die vorausgeschickte Zusammenstellung der Ergebnisse auf Grund des Sprachgebrauchs führt uns vor Augen, daß dieser Weg nicht zu einem einheitlichen Ergebnis geführt hat. Auf Grund der wenigstens teilweise widersprechenden Ergebnisse könnte man geneigt sein, das Vorhandensein eines spezifischen Sprachgebrauchs zu leugnen. Demgegenüber wird sich indessen feststellen lassen, daß der Ausdruck „Besorgung von Geschäften für andere" der Sprache des Lebens keineswegs unbekannt ist. Diese Feststellung und den Zusammenhang des Ausdrucks mit dem gesetzlichen Begriff wollen die Motive zum Ausdruck bringen, wenn sie zur Begriffsbestimmung auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch verweisen [24]).

Der Begriff trägt die Gesamtbezeichnung „Besorgung von Geschäften für andere". Daneben finden wir den Ausdruck „Geschäftsbesorgung", bei dem der Zusatz „für andere" im Gesetz ergänzt zu denken war, der also im Gesetz eine Abkürzungsfunktion ausübte. Auszugehen hat man bei der Feststellung des Sprachgebrauchs nicht von der Abkürzungsform, sondern von dem Begriff als Ganzem. Rumpel[25]) weist darauf hin, daß der Sinn, den der Sprachgebrauch mit einem Kompositum verbindet, keineswegs immer genau mit der Bedeutung übereinstimmt, welche die getrennt nebeneinander gestellten Komponenten insgesamt im Sprachgebrauch ergeben. Eine solche Unstimmigkeit liegt hier schon vor: Im Sprachgebrauch des Lebens fehlt dem Worte „Geschäftsbesorgung", das im Gesetz an Stelle der Gesamtheit der Komponenten gesetzt ist, die Beziehung, die durch die Worte „für andere" zum Ausdruck kommt und die sich im Gesetz aus den Umständen ergab [26]). Im Leben spricht man ebensogut von Geschäftsbesorgung für andere als von eigener Geschäftsbesorgung. Der Geschäftsbesorger wird also nicht notwendig für andere tätig, wohl aber für sich. Das Moment des Tätigwerdens „für andere" bedarf demnach in der Sprache des Lebens einer besonderen Hervorhebung, wenn darunter dasselbe wie unter „Geschäftsbesorgung" in § 675 BGB. verstanden werden soll. Nach dieser Feststellung können wir auf die einzelnen Komponenten selbst zurückgehen. Zu untersuchen sind drei Bestandteile des Begriffs: 1. Geschäft, 2. Besorgung, 3. für andere. Wenden wir uns zunächst dem Ausdruck „Geschäft" zu.

1. Der Sprachgebrauch, der sich im Leben mit dem Worte „Geschäft" verbindet, ist durchaus kein einziger und streng eindeutiger.

[24]) Mot. II S. 527 u. 855.
[25]) S. 47.
[26]) Siehe oben S. 15 f.

Leitet man das Wort von dem allgemeinen Verbum „schaffen" ab, so versteht man darunter die Vornahme einer Tätigkeit, und zwar einer nützlichen Tätigkeit, die in einem Amt oder Beruf oder sonst irgendwie für den Schaffenden selbst oder für einen anderen vorgenommen wird. Daß die Tätigkeit objektiv nutzbringend ist, ist nicht Bedingung; sie braucht nur subjektiv dem Interesse des Geschäftsherrn zu dienen. Dem etwas farblosen Charakteristikum der Nützlichkeit gesellt sich die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit hinzu. Geschäft ist die Tätigkeit, die mit einer Vermögensveränderung, sei es Vermögensvermehrung, Vermögenserhaltung oder Vermögensverminderung zusammenhängt. Als Geschäft bezeichnet man auch die Tätigkeit, die innerhalb eines werbenden Betriebes oder Unternehmens vorgenommen wird. Daher stammt die Redensart, die neben dem Kaufmann ebensogut der Handwerksmeister gebrauchen wird: Ich muß noch ins Geschäft, ohne daß er damit unbedingt seine Geschäftsräume zu meinen braucht. Geschäft ist weiterhin die Tätigkeit, die der Verwaltung des Vermögens dient, die dazu bestimmt ist, für sich selbst oder für einen anderen etwas Gewinnbringendes zu schaffen. Ein Geschäft in diesem wirtschaftlichen Sinne liegt entgegen Lotmar[27]) auch dann vor, wenn es sich um produktive Tätigkeit oder um Bearbeitung vorhandener Güter handelt. Der Bergmann, der Landwirt, der Fabrikant betreibt und besorgt ein Geschäft, wenn auch zunächst nur sein eigenes. Ein Geschäft besorgt auch der Barbier, wenn er den Kunden besorgt; der Arzt verrichtet ein Geschäft, wenn er den Patienten behandelt, weil die Tätigkeit, die er an oder mit der Person des Arbeitgebers ausführt, für ihn Erwerbstätigkeit ist. Er handelt jedoch für sich, wenn er den anderen behandelt. Nicht soll etwa der Standpunkt vertreten werden, daß der Barbier oder der Arzt nunmehr nach dem Sprachgebrauch auch ein Geschäft des anderen, des Kunden oder des Patienten, besorge. — Als Geschäft ist nicht anzusehen die konsumierende Tätigkeit. Zwischen Konsumption und Geschäft besteht ein ähnlicher Gegensatz wie zwischen Konsumption und Produktion. Essen und Trinken sind keine Geschäfte. Bezeichnet man sie aber als ein Geschäft, so geschieht das nur im übertragenen oder scherzhaften Sinne. Die genannte Tätigkeit kann aber zum Geschäft werden, sobald ein wirtschaftliches oder auf Erwerb gerichtetes Moment damit verbunden wird: Er macht ein Geschäft daraus![28]) Ebenso bestehen zwischen Geschäft und Ver-

[27]) a. a. O.

[28]) Beispiele: Der Angestellte, der kraft seines Berufes die verschiedenen Sorten Tee, Kaffee, Wein oder Tabakmischungen zu kosten hat. Der Mann, der in einem Kabarett gegen Entgelt allabendlich vor dem Publikum ungeahnte Mengen Makkaroni verzehrt, ... u. ä.

gnügen, Geschäft und Erholung, Geschäft und Spiel, Geschäft und religiöser Betätigung u. a. m. scharfe Gegensätze. Auch in diesen Fällen kann man ein Geschäft daraus machen, wenn man sie mit einer Tätigkeit, die es auf Erwerb abstellt, verknüpft [29]).

Neben dem allgemeinen Begriff des Geschäfts, der nach dem Sprachgebrauch mit der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit untrennbar verbunden ist, steht ein besonderer, dem dieses Element gleichfalls innewohnt. Der Ausdruck faßt in dieser Verwendung die gesamte Tätigkeit der oben bezeichneten Art zusammen, sobald diese in einem Gewerbe vorgenommen wird. Geschäft ist die Gesamtheit der gewerblich betriebenen Geschäfte mit Einschluß der hierzu bestimmten Vermögensgegenstände und Einrichtungen. Der wirtschaftliche Charakter, der sich schon aus dem Einzelgeschäft ergab, haftet auch der Bezeichnung für die Summe dieser Geschäfte, dem Gewerbebetrieb, an. Als Beispiele mögen dienen: das Geschäft des Kaufmanns, das Baugeschäft, Bankgeschäft — überhaupt alle die Tätigkeiten, die Gegenstand eines „Handelsgeschäfts" sein können.

Positiv können wir daher feststellen, daß dem Worte „Geschäft" im Sprachgebrauch des Lebens eine wirtschaftliche, vermögenseinwirkende Natur anhaftet. In negativer Richtung ließ sich dem Sprachgebrauch entnehmen, daß der Ausdruck keineswegs auf Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen beschränkt ist. Insoweit stimmt das Ergebnis mit der Feststellung der Protokolle überein, wie denn auch die wirtschaftliche Natur der Geschäftsbesorgung aus den für sie bestimmten gesetzlichen Regeln hergeleitet werden konnte. Dieser Umstand wird bei der Formulierung der Definition zu berücksichtigen sein.

Eine Beziehung zu weiteren, dritten Personen, wie sie in der Literatur verschiedentlich gefordert wird [30]), läßt sich aus dem Ausdruck „Geschäft" nicht herleiten, da sich z. B. in dem Fall, in dem der Geschäftsherr sein Geschäft selbst besorgt, das Geschäft durchaus in der Tätigkeits- und Rechtssphäre des Geschäftsherrn allein bewegen kann. Die aufgeworfene Frage wird erst dann wieder auftauchen, wenn der Geschäftsherr das Geschäft auf einen anderen überträgt.

Letzteres gilt auch für das von der Gruppe um Hellwig [31]) geforderte Moment der Erfolgsbestimmtheit der Tätigkeit. Das Wort

---

[29]) Man denke an die Redensart: Er kann selbst am Feiertag das Geschäftemachen nicht lassen.

[30]) Engelmann S. 324; Brodmann S. 34; Fiebach (Auszug): „Geschäft ist ein bestimmter Erfolg." Ehemals Dnistrjanskyj, Aufträge S. 285 ff.

[31]) Vgl. oben S. 41 f.; Hellwig S. 517 Anm. 42.

„Geschäft" allein hat nach dem Sprachgebrauch des Lebens nur jene wirtschaftliche Bedeutung; mit einem bestimmten Erfolg oder der Beendigung einer Tätigkeit steht es in keinem solchen Zusammenhang, als daß man daraus ein Begriffskriterium bilden könnte.

2. Schwieriger ist die Feststellung des Sprachgebrauchs bei dem Ausdruck „Besorgung". Man hat verschiedentlich daraus hergeleitet, daß darunter nicht jede Tätigkeit des Geschäftsbesorgers verstanden werde, sondern daß durch die Wahl dieses Wortes nur ein Tätigwerden mit gewisser Selbständigkeit zum Ausdruck komme[32]). Das ist dem Worte „Besorgung" zunächst aber noch nicht zu entnehmen. Zwar besorgt der Geschäftsherr sein eigenes Geschäft allerdings selbständig — ohne fremde Leitung — und, da dies ebenfalls für den Geschäftsbesorger gelten wird, wenn ihm das Geschäft übertragen wird, so ist es verständlich, wenn manche Schriftsteller das Moment der Selbständigkeit schon in dem Ausdruck „Besorgung" finden wollen. Im letzteren Fall zieht man aber schon unwillkürlich die Übertragung des Geschäfts heran, von der bei der Feststellung des Sprachgebrauchs des Wortes „Besorgung" allein noch gar nicht die Rede ist. Zunächst hat der Ausdruck gar keine spezifische Bedeutung. Man bezeichnet damit im Leben ebensogut die Erledigung oder auch die Führung eines Geschäfts oder einer beliebigen Angelegenheit, ohne daß es sich in allen Fällen schon um Ausführung der Tätigkeit für einen anderen zu handeln braucht. Die gleichwertige Nebeneinanderstellung von „Geschäft besorgen" und „Geschäfte führen" finden wir im Gesetz selbst. Man braucht sich nur den Wortlaut des § 677 BGB. zu vergegenwärtigen: „Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ... hat das Geschäft so zu führen ..." Das Motiv für diese Abweichung im Ausdruck liegt nicht darin, daß nunmehr etwas anderes gemeint sein soll, sondern die Abweichung entspricht dem Abwechslungsbedürfnis des Gesetzgebers. Wenn des weiteren von „Geschäftsführer" an Stelle von Geschäftsbesorger gesprochen wird, so hat wiederum die flüssigere Sprache des Lebens die Formulierung des Gesetzes beeinflußt, weil der Ausdruck „Geschäftsbesorger" zu schwerfällig und in der Umgangssprache nicht gebräuchlich ist[33]). Will man durch das Wort „Besorgung" zum Ausdruck bringen, daß es sich um eine Tätigkeit handelt,

---

[32]) Höchstädter S. 15.

[33]) Eine einheitliche Ausdrucksweise, die noch mit dem Worte „Geschäftsbesorger" operiert, findet man noch in dem Züricher BGB. in den §§ 1206 ff. Die gleichwertige Verwendung von „Geschäft besorgen" und „Geschäft führen" kommt in allen Kodifikationen vor und nach dem BGB. vor. Vgl. dazu österr. BGB. Art. 55, 1025, 1028, 1037 ff., Schweiz. OblR. Art. 398, 404, 468 ff. und später (1911) Art. 400, 419 ff.

die für einen anderen geleistet wird, so bedarf es erst des entsprechenden Zusatzes „für einen anderen", da man in der Regel seine eigenen Geschäfts selbst zu besorgen pflegt.

3. Der Ausdruck „Besorgung" hat aber auch noch eine andere, engere Bedeutung, die dann hervortritt, wenn die von dem Geschäftsherrn zu erledigende Angelegenheit von dem Geschäftsherrn auf einen anderen übertragen wird, was im Gesetz überall durch den Zusatz „für andere" oder „fremdes" Geschäft zum Ausdruck gebracht wird. „Besorgung" steht mit dem ursprünglichen Substantiv „Sorge" in unverkennbarem Zusammenhang. Was gemeint ist, kommt in der dem § 662 BGB. entsprechenden Vorschrift des Österr. BGB. besonders treffend zum Ausdruck, so daß wir den Text nicht vorenthalten wollen: § 1009 lautet: „Der Gewalthaber ist verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß, emsig und redlich zu besorgen ..." Der Geschäftsherr muß der Ausführung des Geschäfts einen Teil seiner Arbeitskraft, Aufmerksamkeit, Überlegung, Sorge widmen. Diese an und für sich ihm obliegende Tätigkeit und die dazu erforderliche Gedankenarbeit kann er auf einen anderen übertragen, damit er entlastet wird und sich um die Angelegenheit nicht mehr zu kümmern braucht. Die Sorge übernimmt damit der andere. Der Andere erhält zugleich eine gewisse Handlungsfreiheit, die nur an die Interessenwahrnehmung für den Geschäftsherrn gebunden ist; die allgemeine Dienstaufsicht fällt weg. Nicht nur die Ausführung des Geschäfts, die Exekutive, sondern auch die Führung des Geschäfts, die Initiative, geht auf den Geschäftsführer über. Die Übertragung rechtfertigt sich daher nur aus einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer. Die Pflichten aus dieser Stellung, die im Österr. BGB. noch ausdrücklich angeführt sind, haben im BGB. nicht mehr Erwähnung gefunden. Sie ergeben sich aber aus dem tieferen Sinn des Wortes „Besorgung", wie denn auch das Moment der Fürsorge aus den Rechtswirkungen der Auftragsbestimmungen hergeleitet werden konnte.

Wird das Geschäft auf einen anderen übertragen, dann wird dieser andere für den Geschäftsherrn tätig. Die Übertragung hat die Bedeutung, daß der Geschäftsführer nunmehr den Pflichtenkreis, der vorher dem Geschäftsherrn oblag, übernommen hat. Es muß sich also um ein ihm fremdes Geschäft handeln[34]), das aber auch — wenn nicht überwiegend — in den Interessenkreis des Geschäftsführers fallen darf.

---

[34]) Vgl. die verschiedene, aber gleichbedeutende Formulierung der §§ 196 Ziff. 7: „Besorgung fremder Geschäfte" und 677: „Geschäft für einen anderen besorgen".

Denn der Geschäftsführer erledigt dadurch zugleich seine eigene Angelegenheit: Er erfüllt den Auftrag, beschafft die ihm obliegende Leistung, verdient dadurch aber auch seine Provision oder seinen Lohn. Im übrigen erhebt sich die Frage, ob ein fremdes Geschäft vorliegt, weit weniger als bei der Geschäftsführung ohne Auftrag[35]), da hier der übertragende Teil durch Vertrag zum Geschäftsherrn bestimmt wird.

Der Sprachgebrauch weist uns darauf hin, daß die Besorgung des Geschäfts für andere im Gegensatz zur Dienstleistung selbständig vorgenommen werden soll. Arbeitet man unselbständig mit dem Geschäftsherrn zusammen, so besorgt man nach dem Sprachgebrauch des Lebens nichts für ihn, sondern hilft ihm oder leistet Dienste an ihn. Gewöhnliche Dienste werden geleistet und nicht besorgt im Sinne einer Fürsorgetätigkeit. Der Ausdruck Dienstbesorgung ist im Sprachgebrauch ein Unding. Dem Dienstpflichtigen werden Befehle, Anweisungen erteilt; der Dienstleistung fehlt die selbständige Betätigung des Willens und der Überlegung. Der Geschäftsherr übergibt dem Geschäftsführer nur Richtlinien und bezeichnet meist nur den Gegenstand des Geschäfts, nicht die zu dessen Ausführung notwendigen und sich erst später als notwendig herausstellenden Handlungen[36]). Die Ausführung des Geschäfts überläßt er im übrigen dem Besorger. Der Geschäftsbesorger wird durch seine Tätigkeit zum Herrn des Geschäfts. Er ist die handelnde Person, das Subjekt. Geschäftsbesorgung bedeutet, für jemanden, Dienstleistung gegenüber jemanden tätig werden.

Bei der Übertragung wird aber der Gegenstand des Geschäfts genau bestimmt werden müssen im Gegensatz zu der Übertragung von Dienstleistungen, bei denen infolge des unmittelbaren Direktionsrechts oder der Dienstaufsicht des Dienstherrn dauernd neue Anweisungen ergehen können. Der Geschäftsführer, der selbständig handelt, kann nur dann dem Interesse des Geschäftsherrn voll und ganz dienen und im geeigneten Augenblick die erforderlichen Maßnahmen treffen, wenn er von vornherein weiß, was er zu erledigen hat. Die Forderung der Gruppe um Hellwig ist also dahin zu modifizieren, daß nicht Bestimmtheit des Erfolges, sondern Bestimmtheit des zu erledigenden Gegenstandes des Geschäfts zur Geschäftsbesorgung gehört. Daß der Auftrag trotzdem allgemein lauten kann, wurde schon ausgeführt[37]). Die Bestimmtheit der Angelegenheit ergibt sich bei der Übertragung des Geschäfts, wie es im § 362 HGB. durch den dem Kaufmann zugehenden

---

[35]) Siehe darüber Isay a. a. O. S. 48 ff.; auch Brandt S. 17 ff.
[36]) Vgl. RG. Bd. 90 S. 211.
[37]) Vgl. RG. Bd. 90 S. 211.

Antrag geschieht. Für die §§ 362 HGB. und 663 BGB. ist es aber ohne Bedeutung, ob das Anerbieten der dort bezeichneten Personen bestimmt oder unbestimmt ist, ob die Geschäfte, die im Betriebe des Kaufmanns besorgt werden, genau in dem Erbieten festgelegt sind oder nicht. Es kann also keine Einschränkung auf die Bestimmtheit des Anerbietens gemacht werden. Denn im Leben sprechen die Ankündigungen der Kaufleute, Banken usw. ganz allgemein ein Erbieten zur Besorgung jeglicher Geschäfte aus, sofern sie nur in ihren Geschäftskreis fallen[38]). Die Konkretisierung tritt mit der Antragstellung ein. Der Antrag hat daher genau festzulegen, was Gegenstand des Geschäfts sein soll. Anträge, die auf den Abschluß eines Vertrages gehen, auf Grund dessen später laufend Geschäftsbesorgungen vorgenommen werden sollen, gehören nicht hierher, denn sonst würde ja jeder Kaufmann unter § 362 HGB. fallen.

§ 9.

Definition.

Vergegenwärtigen wir uns kurz die Ergebnisse der Untersuchung der für die Geschäftsbesorgung aufgestellten Regeln, so ist hervorzuheben, daß die Unentgeltlichkeit als Begriffskriterium entgegen Heck[1]) nicht zu verwerten war, da sie im Falle des § 675 BGB. und im Handelsrecht versagt. Für die gewöhnliche Arbeitsleistung genügen die Regeln der Arbeitsverträge. Für die besondere Arbeitsleistung sind infolge deren Eigenart weitere Vorschriften nötig. Eine Beschränkung der Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen war nirgends ersichtlich. Die Vorschriften des BGB. und noch viel mehr das HGB. passen auch für eine wirtschaftliche auf das Vermögen des Geschäftsherrn einwirkende Arbeitsleistung. Da diese Bestimmungen dem Geschäftsführer eine außerordentliche Einwirkungsmöglichkeit in die Rechts- und Wirtschaftssphäre des Geschäftsherrn gewähren, so ist ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer bedingt, dem insbesondere die Vorschriften über Kündigung und Erlöschen entsprechen. Durch den Geschäftsbesorgungsvertrag wird dem Geschäftsherrn die Gedanken-

[38]) Bei der Anwendung von § 362 HGB. ist zu beachten, daß ein öffentliches Angebot — wie etwa in § 663 BGB. — keineswegs ausreicht, wie es sonst meist bei Mäklern und Spediteuren vorkommt. Vgl. RG. 104, 256. Es wird aber ein Rundschreiben als genügend angesehen.

[1]) a. a. O. § 118.

arbeit in einer in sein Arbeitsgebiet fallenden Angelegenheit abgenommen. Der Geschäftsführer vertritt den Geschäftsherrn in dieser Gedankenarbeit. Er nimmt gegenüber dem Dienstverpflichteten eine gehobene Stellung ein: Sein Handeln ist selbständiger Natur.

Die Ergebnisse, die aus dem Gesetz gewonnen wurden, kehren bei der Untersuchung des Sprachgebrauchs des täglichen Lebens wieder. Wir sehen die Behauptung der Schöpfer des Gesetzes in den Motiven, der Ausdruck „Besorgung von Geschäften für andere" stimme mit dem Sprachgebrauch des Lebens überein, vollauf gerechtfertigt. Der Verkehr verbindet mit dem Ausdruck „Geschäft" ein auf Gewinn gerichtetes Tun. Wird ein solches Geschäft auf einen anderen übertragen, so hat der andere notwendig eine Fürsorgehandlung für den Übertragenden vorzunehmen. Das Wort „Besorgung" hat also nicht den einfachen Sinn von erledigen oder leisten, sondern ist in seiner tieferen Bedeutung zu verstehen. Geschäfte werden nicht an jemand geleistet, sie werden für jemand besorgt. Dem Geschäft ist die Außenwirkung wesentlich. Die bloße Dienstleistung wird an jemand geleistet und daher regelmäßig unselbständig, mechanisch vorgenommen Die Abnahme der Sorge für ein Geschäft bedingt Selbständigkeit im Handeln.

Fassen wir die bei der Untersuchung des Gesetzes gefundenen Anhaltspunkte mit den Ergebnissen auf Grund des Sprachgebrauchs zusammen, so können wir eine Definition aufstellen, welche die Gewähr leistet, daß sie dem Lebensbedürfnis entspricht und daß die gesetzlichen Regeln auch wirklich auf die definierte Tätigkeit angewendet werden können. Wir haben danach unter der gesetzlich ausgezeichneten Arbeit, benannt „Besorgung von Geschäften für andere" außer der Vornahme von Rechtsgeschäften ein Handeln zu verstehen, das

1. notwendig im Interesse des Geschäftsherrn vorgenommen wird,
2. auf das Vermögen oder die Wirtschaftssphäre des Geschäftsherrn einwirkt,
3. selbständig — in geschäftlicher Vertretung des Geschäftsherrn — vorgenommen wird,
4. bei der Übertragung des Geschäfts dem Gegenstande nach genau bestimmt ist.

Indessen bedarf das Moment der Selbständigkeit oder der geschäftlichen Vertretung des Geschäftsherrn noch einer weiteren Erklärung. Das BGB. unterscheidet streng zwischen der internen Geschäftsführungsbefugnis und der Stellvertretung. Die Vollmacht gibt jemand durch Rechtsgeschäft mit dem Vollmachtgeber die Fähigkeit, für den Vollmachtgeber im Namen desselben Willenserklärungen

mit rechtlicher Wirksamkeit gegen ihn abzugeben und zu empfangen. Der Vollmachtserteilung wird zwar regelmäßig ein Auftrags-, Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegen. Dennoch sind diese Verträge, insbesondere Auftrag und Vollmacht, in ihrer Existenz unabhängig. Denn die Vollmachtserteilung allein begründet noch kein Schuldverhältnis, sondern verschafft nur Vertretungsmacht. Umgekehrt bedingt aber auch keiner dieser Verträge in jedem Falle eine Vollmachtserteilung. Es gibt Vollmachten ohne Auftrag und Aufträge ohne Vollmacht[2]). Eine Vollmacht wird erst dann erforderlich, wenn die verpflichteten Personen im Namen des Vollmachtgebers in Beziehung zu dritten Personen treten sollen, also überall da, wo der aufgetragene Akt eine Rechtshandlung darstellt. Spielt sich die Tätigkeit nur zwischen den kraft der genannten Verträge Berechtigten und Verpflichteten ab, ohne daß der Wille des Geschäftsherrn in seinem Namen in die Außenwelt projiziert wird, so bedarf es keiner Vollmacht. Es kann aber trotzdem eine Geschäftsbesorgung vorliegen, sofern nur die Tätigkeit die oben bezeichneten Merkmale trägt.

Die Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht ist neben dem BGB. nur dem Schweizer Recht bekannt[3]). In früheren Rechten, insbesondere im römischen Recht, waren Vollmacht und das Mandat eng miteinander verbunden. Als Beispiel sei der landrechtliche Vollmachtsvertrag angeführt[4]). Auch heute noch erblickt das österr. Recht gerade in der Vertretung des Auftraggebers das begriffliche Unterscheidungsmerkmal des Auftrags von verwandten Instituten und beschränkt infolgedessen den Gegenstand des Auftrags auf die Vornahme von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen[5]). Der Geschäftsbesorgungsvertrag des modernen deutschen Rechts berührt aber nur das Innenverhältnis, die Vollmacht hingegen das Außenverhältnis. Deswegen konnte auch kein allzugroßes Gewicht auf die Rechtsordnungen gelegt werden, welche diesen Unterschied nicht scharf zum Ausdruck bringen. Die Vertretung des Geschäftsherrn nach dem BGB. ist wie folgt auszulegen: Sie soll die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit des Geschäftsherrn durch das selbständige Eintreten des Geschäftsführers erweitern. Man kann mit Dniestrzanski[6]) von einer ökono-

---

[2]) RG. Bd. 71 S. 222; WarnRspr. 1913 Nr. 86.
[3]) Art. 394, 396 Abs. 2.
[4]) Pr. ALR. I, 13 §§ 5 ff.
[5]) v. Schey § 62 Nr. 30.
[6]) in JheringsJahrb. Bd. 77 S. 78, vgl. auch S. 48 das.: Geschäftsbesorgung ist die „Schaffung und Ergänzung des Subjekts der Wirtschaft". Ausgehend vom Standpunkt des österreichischen Auftragsbegriffs, verstand er nach früherer Auffassung unter G. jede Anknüpfung von Rechtsbeziehungen

mischen Vertretung reden, ohne daß man diese schlagwortartige Formulierung als ausreichend ansehen könnte. Die Geschäftsbesorgung ist also im weitesten Sinne eines selbständigen, wirtschaftlichen Eintretens des Geschäftsführers im Interesse des Geschäftsherrn anzulegen, ohne daß begriffsnotwendig die Außenwelt durch die Tätigkeit des Besorgers berührt zu werden braucht [7]).

§ 10.

Geschäftsbesorgung im allgemeinen Dienst- oder Anstellungsvertrag.

Der Vertrag des § 675 befaßt sich nach seiner Formulierung mit einem Vertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, die beim Vertragsschluß dem Gegenstande nach genau festgelegt ist. Eine Geschäftsbesorgung kann aber auch in einem allgemeinen Dienst- oder Anstellungsvertrag vorgenommen werden. In einem solchen Vertrag wird zunächst nur die Leistung von Diensten schlechthin versprochen: Der Verpflichtete stellt ganz allgemein seine Arbeitskraft auf Zeit zur Verfügung [1]). Aus diesem allgemeinen Versprechen resultiert aber auch die Pflicht, Tätigkeit, die sich als Geschäftsbesorgung darstellt, vorzunehmen, wenn nur der Dienstherr seinem Angestellten genug Vertrauen schenkt. Wird innerhalb eines Dienst- oder Anstellungsvertrages eine Geschäftsbesorgung vorgenommen, so tritt der Arbeitsverpflichtete nicht erst mit der Übernahme derselben in ein Vertragsverhältnis mit dem Geschäftsherrn ein, er ist bereits kraft des allgemeinen Dienstvertrages zur Übernahme und Ausführung der Tätigkeit verpflichtet. Das Mädchen, das zur Leistung von Diensten im Haushalt verpflichtet ist, übernimmt schon mit Eingehung des Dienstvertrages die Pflicht, im einzelnen auch Tätigkeit jener qualifizierten Art zu übernehmen, etwa für die Hausfrau Gänge zu machen, einzukaufen oder andere Aufgaben innerhalb ihres Pflichtenkreises zu erledigen, mag es sich um Geschäftsbesorgungen handeln oder nicht. Es würde seltsam anmuten, wenn es der Schließung eines besonderen Vertrages bedürfte, wenn das Mädchen beim Bäcker

---

mit Dritten, mögen diese Dritten Personen oder Behörden sein, mögen sich die Beziehungen als Rechtsgeschäfte oder als andere Rechtserscheinungen darstellen (Aufträge I S. 285 ff. und 344), eine Definition, die noch früher von v. Schey (Die Obligationsverhältnisse des österr. allgemeinen Privatrechts § 62 Anm. 30) aufgestellt worden ist.

[7]) Vgl. die Beispiele auf S. 46 oben Anm. 44.

[1]) Nikisch, Der Anstellungsvertrag (1930), in JheringsJahrb. Bd. 80 S. 1 ff.

das Nötige einkaufen oder beim Schuhmacher die laufende Rechnung nachprüfen und bezahlen soll. Der kaufmännische Angestellte wird neben Ein- und Verkäufen, die er zu tätigen hat, nicht selten wenn nicht vorwiegend Dienstleistungen, die nicht Geschäftsbesorgung sind, zu leisten haben. Möglicherweise kann ein solcher Anstellungsvertrag ausschließlich Geschäftsbesorgungen zum Gegenstande haben. Dennoch sind diese Verträge in ihrer Gesamtheit nicht dem § 675 BGB. zu unterstellen, sei es, daß sie ausschließlich auf eine Mehrzahl von Geschäftsbesorgungen, sei es, daß sie neben anderen Arbeitsleistungen nur auf eine einzelne oder mehrere Geschäftsbesorgungen gerichtet sind. Denn diese Verträge enthalten alle eine allgemeine Verpflichtung zur Übernahme von Arbeit, also auch zur Ausführung einer Geschäftsbesorgung, die im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses aufgetragen wird. Der Vertrag des § 675 ist aber nur auf eine einzelne, beim Vertragsschluß genau bestimmte Geschäftsbesorgung gerichtet[2]), was aus der Formulierung dieser Vorschrift „Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat" ersichtlich ist. Beim Dienstvertrag sind die im Verlaufe desselben vorzunehmenden Geschäftsbesorgungen beim Vertragsschluß noch völlig unbestimmt, beim Vertrag des § 675 sind sie bestimmt. Wenn danach auf Grund eines solchen allgemeinen Dienst- oder Anstellungsvertrages die Anordnung einer Geschäftsbesorgung durchaus möglich ist und diese vom Verpflichteten vorgenommen werden muß — wenn sie innerhalb seines Pflichtenkreises bleibt —, so wird jedoch dadurch dieser Arbeitsvertrag in seiner Gesamtheit keineswegs schon ein Dienstvertrag, „der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat" und den im § 675 angezogenen Regeln untersteht.

Welche Regeln kommen nunmehr auf diese Verträge zur Anwendung? Bleibt es bei den Regeln des Dienstvertrages oder können die in § 675 angeführten Bestimmungen wenigstens auf die im einzelnen vorgenommene Geschäftsbesorgung angewendet werden?

Der Vertrag, in dessen Verlauf eine oder mehrere Geschäftsbesorgungen vorgenommen werden, wird als gewöhnlicher Dienstvertrag geschlossen. Gegenstand des Vertrages ist die allgemeine Leistung von Diensten. Grundsätzlich kommen daher auch die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB. zur Anwendung (bzw. evtl. Spezialvorschriften). Die im Verlaufe des Vertrags zu leistende Geschäftsbesorgung ist ein Teil der versprochenen Arbeitsleistung, die aber infolge ihres verfeinerten

---

[2]) Die Bestimmtheit ist in dem von der Entsch. RG. Bd. 90 S. 214 vorgezeichneten Sinne zu verstehen: „Der Auftrag kann allgemein dahin erteilt werden, alle eine bestimmte Angelegenheit betreffenden Maßnahmen im Interesse des Auftraggebers vorzunehmen, auch solche, für die sich erst nachträglich ein Bedürfnis herausstellen sollte."

Charakters ebenderselben besonderen Regeln bedarf wie die in einem Vertrag auf eine einzelne Geschäftsbesorgung geleistete. Die Geschäftsbesorgungen werden hier nur im Rahmen des Arbeitsvertrages vorgenommen und sind diesem ein- oder untergeordnet. Die Verpflichtung zur Arbeitsleistung wird nicht von vornherein in die Vornahme von gewöhnlicher Arbeitsleistung und von Geschäftsbesorgung zerrissen, sondern letztere wird im Rahmen der Verpflichtung zur Arbeitsleistung von Fall zu Fall aufgetragen ebenso wie die Dienstleistungen, die zwar nach der Art des Arbeitsvertrages, im einzelnen aber von vornherein durchaus nicht feststehen und erst im Laufe des Arbeitsvertrages genauer bestimmt werden. Man wird daher annehmen müssen, daß die für die Geschäftsbesorgung aufgestellten besonderen Normen auch bei der innerhalb des Arbeitsvertrages aufgetragenen Geschäftsbesorgung in gewisser Emanzipation vom Gesetz, das nach § 675 BGB. einen Vertrag auf eine einzelne Geschäftsbesorgung voraussetzt, direkt angewendet werden können[3]), aber nicht auf den ganzen Arbeitsvertrag, sondern nur auf die einzelne, innerhalb des Arbeitsvertrages vorzunehmende Arbeitsleistung, die jenen besonderen Charakter trägt. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht für sämtliche Vorschriften über die Geschäftsbesorgung. Gewisse Bestimmungen sehen ein weiteres Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten nicht vor und stehen mit der Einordnung der Geschäftsbesorgung in den allgemeinen Arbeitsvertrag in Widerspruch, weil dort das schutzbedürftige Interesse schon durch die Normen des Arbeitsvertrages voll gedeckt ist. Diese Bestimmungen müssen wegfallen. Zu den Normen, die bei den allgemeinen Dienst- und Anstellungsverträgen nicht angewendet werden können, gehören zunächst die Vorschriften über Kündigung und Erlöschen, da hierfür die Bestimmungen des Dienstvertrages ausschlaggebend sind. Nicht anwendbar sind ferner der § 663 BGB., sowie die Vorschriften über Geschäftsbesorgung im Handelsrecht, insbesondere der § 362 HGB. Die in den §§ 663 BGB. und 362 HGB. aufgestellte Antwortpflicht kann nämlich praktische Bedeutung nur dann haben, wenn zwischen dem Antragsteller und dem Antragsempfänger ein solches allgemeines Dienst- oder Anstellungsverhältnis nicht besteht, auf Grund dessen der Antragsempfänger wenn nicht kraft ausdrücklicher Vertragsbestimmung, so doch nach Treu und Glauben schon auf den Antrag zu antworten hätte unter der Voraussetzung, daß sich aus dem Arbeitsverhältnis nicht überhaupt eine Übernahme**pflicht** der beantragten Tätigkeit ergibt. Wozu bedarf es

[3]) Lenel will die Grundsätze des Auftragsrechts hier analog anwenden.

z. B. einer Rechtspflicht zur Antwort, wenn die Hausangestellte beauftragt wird, einen Haushaltungsgegenstand einzukaufen oder eine andere Tätigkeit, die sich als Geschäftsbesorgung darstellt, vorzunehmen? Das Mädchen hat der Anordnung des Dienstherrn ohne weiteres Folge zu leisten! — Wie hat man sich ferner gegenüber Anträgen zu verhalten, die auf den Abschluß eines solchen Anstellungsvertrages gehen? Sollen diese etwa eine Pflicht zur Antwort nach sich ziehen? Nehmen wir als Beispiel einen Anstellungsvertrag, der zwischen einem Haushaltungsvorstand und einer Haushälterin geschlossen wird. Die Parteien sind sich von vornherein darüber klar, daß die Haushälterin auch Geschäftsbesorgungen vorzunehmen hat. Sie wird insbesondere befugt sein, Lebensmittel und Wirtschaftsgegenstände einzukaufen, Dienstboten anzustellen, überhaupt die sämtlichen Geschäfte zu besorgen, die ihr Wirtschaftskreis mit sich bringt. Dennoch ist dieser Vertrag in seiner Gesamtheit nicht als ein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB. anzusehen[4]). Woher will man sonst die Pflicht der Haushälterin zur Vornahme von Tätigkeit, die weder selbst Geschäftsbesorgung ist, noch damit im Zusammenhang steht, herleiten? Denn die Geschäftsbesorgungen werden immerhin den kleineren Teil ihrer Tätigkeit ausmachen. Bedarf es danach zur Leistung der Dienste, welche die Führung des Haushalts mit sich bringt, noch eines besonderen Dienstvertrages? Das kann nicht der Fall sein! Also ergeben sich die Befugnisse und Verpflichtungen aus dem Dienstvertrag, nicht etwa aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag. Sieht man aber einen Dienst- oder Anstellungsvertrag als einen Vertrag des § 675 BGB. an, dann muß man auch den dort berufenen § 663 BGB. anwenden. Wenn also eine Haushälterin, ein Dienstmädchen oder ein Kaufmannsgehilfe sich im Sinne des § 663 BGB. erbieten, einen Anstellungsvertrag einzugehen, so wären diese Personen verpflichtet, entweder die Ablehnung der eingegangenen Angebote unverzüglich anzuzeigen oder den aus der Versäumnis dieser Rechtspflicht entstandenen Schaden zu ersetzen — ein Ergebnis, das im Leben den schärfsten Widerspruch finden würde, da niemand daran denkt, auf sämtliche eingegangenen Angebote einzugehen. § 663 kommt aber nicht zur Anwendung, weil ein Fall des § 675 überhaupt nicht vorliegt. Der Dienstvertrag oder der Anstellungsvertrag ist kein Vertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, sondern er ist ein allgemeiner Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB. Bei der Untersuchung des kaufmännischen Anstellungsvertrages führt Titze[5]) dazu treffend aus:

[4]) entgegen Wittmer S. 23.

[5]) Titze, Das kaufmännische Hilfspersonal, bei Ehrenberg II, 2 S. 564; gl. M. Oertmann § 675 a. E.

„Der Gehilfe verspricht dem Prinzipal Dienste gegen Zusicherung eines Entgelts. Der Anstellungsvertrag ist darum ein Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB. Da dieser Dienstvertrag dem Gehilfen, wie sich später zeigen wird, nicht einzelne bestimmte Leistungen, sondern regelmäßig einen ganzen Leistungskomplex auferlegt, so kann keine Rede davon sein, daß er als solcher ‚eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe' und darum stets und schlechthin dem § 675 zu unterstellen sei. So darf beispielsweise der dort berufene § 663 BGB. auf den Vertragsschluß des Gehilfen mit dem Prinzipal nicht angewendet werden. Wohl aber kann der Dienstvertrag den Gehilfen unter anderen Leistungen auch zu ‚Geschäftsbesorgungen' für den Prinzipal verpflichten, und soweit das der Fall ist, kommen für ihn neben den §§ 611 ff. auch einzelne der in § 675 aufgezählten Bestimmungen, insbesondere die §§ 665—670, 673 in Betracht."

Weiterhin scheidet das Gebiet der abhängigen Arbeit für die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Geschäftsbesorgung im Handelsrecht aus. Wie den Personen des § 663 BGB. fehlt auch den Personen des Handelsrechts das Moment der persönlichen Unterordnung vollständig, auch wenn für andere Dienste geleistet oder Geschäfte besorgt werden. Der Kaufmann betreibt ein freies, selbständiges Gewerbe; er macht kein Gewerbe daraus, sich von einem anderen anstellen zu lassen und dann auf Grund eines solchen Arbeitsvertrages einzelne Geschäftsbesorgungen zu übernehmen. Die Dienstverträge, die er abschließt, sind freie Dienstverträge; die Arbeit, die er leistet, ist freie Arbeit. Die Anwendung des § 362 HGB. ist in dem Gebiete der abhängigen Arbeit unstatthaft, da diese Vorschrift kraft ihres besonderen Tatbestandes eine durch Anstellungsverhältnisse nicht gebundene Stellung der beteiligten Personen voraussetzt.

§ 11.

Das Ergebnis und die Geschäftsbesorgung in der Rechtsprechung.

Das Ergebnis der Untersuchung sei kurz zusammengefaßt und den wesentlichsten Entscheidungen der Rechtsprechung gegenübergestellt:

Die mit der Revision des HGB. vorgenommene Änderung des Ausdrucks „Auftrag" im Art. 323 ADHGB. in „Besorgung von Geschäften

für andere" in dem nunmehrigen § 362 HGB. hängt mit der formaljuristischen Umgestaltung des Auftragsbegriffs im BGB. zusammen. Die Anpassung des § 362 HGB. an die Ausdrucksweise der Auftragsvorrschriften weist uns auf die nahe Verwandtschaft dieser Bestimmungen hin, die sich insbesondere zwischen § 362 HGB. und § 663 BGB. augenscheinlich feststellen läßt, da sich die Anwendbarkeitsgebiete der beiden Paragraphen zum größten Teil decken. Die Prüfung des Zusammenhangs zwischen HGB. und BGB. ergibt, daß man eine verschiedenartige Auslegung des Geschäftsbesorgungsbegriffs nicht machen kann. Der Begriff hat demnach im BGB. wie im HGB. gleiche Bedeutung. So ist denn auch die aufgestellte Definition für das HGB. und für die Auftragsvorschriften einheitlich aufzufassen.

Zur näheren Bestimmung des Begriffs bieten sich zwei Wege. Der erste versucht den Tatbestand der Geschäftsbesorgung aus den für sie aufgestellten Regeln zu gewinnen. Der andere baut die Begriffsbestimmung auf dem Sprachgebrauch des Lebens auf, wie sich schon die Motive darauf berufen, daß der gesetzliche Begriff mit der Sprache des Lebens in Einklang stehe. So führen denn auch die beiden Wege zu den gleichen Anhaltspunkten, die zu der Definition vereinigt werden können: „Besorgung von Geschäften für andere" ist ein selbständiges Eintreten des Geschäftsführers in bestimmter wirtschaftlicher Angelegenheit im Interesse des Geschäftsherrn. An Hand dieser Kriterien wird man im großen ganzen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung klar scheiden können[1]).

Gegenüber der großen Verschiedenheit der Ansichten in der Literatur mag endlich festgestellt werden, daß immerhin ein großer Teil der Schriftsteller, wenn nicht auf dem gleichen, so doch wenigstens auf einem ähnlichen Standpunkt steht. Besondere Bedeutung ist dem Umstand zuzumessen, daß auch die **Rechtsprechung,** in der sich das Bedürfnis des Lebens am ehesten wiederspiegelt, ihre Entscheidungen nach diesen Gesichtspunkten getroffen hat. Das bestätigen vor allem die Entscheidungen, die einen tatsächlichen Dienst selbständiger wirtschaftlicher Art als eine Geschäftsbesorgung ansehen:

Hin- und Rückbringung eines Schiffes zwecks Ausbesserung in ein Dock (Schleppervertrag): Hamburg, ROLG. 34, 55; Ab-

[1]) Tatbestände, in denen eine Scheidung sowohl nach der einen wie auch nach der anderen Seite vorgenommen werden kann (wir bezeichnen sie als Grenzfälle), wird es — wie in allen Disziplinen — auch hier geben. Sie können nicht Veranlassung sein, eine für das Gros der Fälle gangbare Begriffsbestimmung zu verdammen.

treibung von Blumenzwiebeln: ROLG. 24, 394; das Schreiben von Bestellzetteln, Vorprüfen von Rechnungen, der Briefwechsel mit Werftdienststellen oder Lieferanten der Werft, bei der der Arbeitsverpflichtete angestellt ist: RG. 99, 31; Empfangnahme, Verzollung und Weiterversendung von mit einem Schiff angekommenen Waren: Hamburg, „Recht" 1911 Nr. 2725; Empfang einer Papiersendung und Auslieferung derselben an den Destinatär ist ein Vertrag, der nach § 362 HGB. und § 662 BGB. zu beurteilen ist: RG. 54, 30.

Welche Verhältnisse im übrigen von der Rechtsprechung dem Begriff unterstellt werden, ist durch Hinweis auf die entsprechende Entscheidung angezeigt.

Die §§ 675 und 663 BGB. sind von Wichtigkeit in den Fällen, in denen der Antragsempfänger nicht Kaufmann ist oder es an der im § 362 HGB. vorgeschriebenen Geschäftsverbindung fehlt. Denn an Stelle der Geschäftsverbindung wird oft nur eine öffentliche Ankündigung treten, die nicht schon den Tatbestand des § 362 HGB., wohl aber den des § 663 BGB. erfüllt:

Öffentliche Ankündigungen, die noch nicht eine Geschäftsverbindung im Sinne des § 362 HGB. begründen, liegen vor bei der Versendung von Massenzirkularen, bei Zeitungsankündigungen, wie sie von Banken, Reparaturwerkstätten, Spediteuren und anderen Gewerbetreibenden gemacht werden, z. B. Droschkenhalter, die Güterannahmestellen in Hamburg (Senkpiehl, Speditionsgeschäft S. 17).

Bei § 663 BGB. bleibt es auch bei den öffentlich bestellten Personen wie Rechtsanwalt, Notar und Gerichtsvollzieher, sofern nicht gesetzliche Sonderregeln Platz greifen. So finden wir den in den §§ 663 BGB. und 362 HGB. niedergelegten Gedanken auch in der Rechtsanwaltsordnung § 30[2] [3].

Will der Notar einen Protestauftrag ablehnen, so muß er, wenn der Auftraggeber noch einen anderen Auftraggeber rechtzeitig beauftragen kann, dies rechtzeitig mitteilen: DJZ. 1910 S. 641.

---

[2]) Vgl. auch Pr. FGG. v. 21. 11. 1899 Art. 83 Abs. 1.

[3]) § 30 RAO. v. 1. 7. 1878 lautet: „Der Rechtsanwalt, dessen Berufstätigkeit in Anspruch genommen wird, ist verpflichtet, wenn er den Auftrag nicht annimmt, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären, widrigenfalls er den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen hat."

Angeführt seien einige Beispiele aus der Rechtsprechung, in denen die Tätigkeit des Rechtsanwalts als eine Geschäftsbesorgung angesehen wird:

> JW. 1914 S. 642, 4; „Recht" 1916 Nr. 817; RG. in Seuff.-Arch. 71, 286; RG. 88 S. 226; RG. in WarnRspr. 1914 S. 204; — auch wenn der Rechtsanwalt ein Darlehen vermittelt: HöchstrRspr. 1928, 1971. Haftung: ROLG. 32, 170. Der Rechtsanwalt als Treuhänder: SeuffArch. 68 Nr. 78 S. 137.

Als Hauptgeschäfte des Rechtsanwalts sind die Prozeßführung, Vermögensverwaltung und -verwertung zu nennen. Es gehören also auch hierher die Geschäfte der Volksanwälte, Rechtskonsulenten und Prozeßagenten. Keine Geschäftsbesorgung ist die Ratserteilung allein. Die Rechtsprechung sieht ferner die Tätigkeit des Patentanwaltes als Geschäftsbesorgung an:

> Auftrag auf Herbeiführung der Verlängerung ausländischer Warenzeichen: JW. 1926 S. 246, 2; Auftrag wegen Erlangung eines Patents, Überwachung der Fälligkeit der Jahresgebühren für die Erhaltung des Patents und Pflicht, den Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen, solange der Auftrag noch nicht völlig erledigt ist: RG. 69, 26.

Gleiches gilt von der Tätigkeit des Notars:

> Die Amtspflichten des Notars, die sich jeweils nach Landesrecht bestimmen, werden nicht Gegenstand einer vertraglichen Bindung sein können, vgl. LG. Stuttgart in JW. 1925 S. 665, 9 für Württemberg; ebenda die Bemerkung Ostermeyers für Preußen: RG. 85, 409 = JW. 1915 S. 92, 8. Daneben können aber Verpflichtungen eingegangen werden, die der Notar als Rechtskundiger übernimmt (JW. 1927 S. 1145, 7, 1915 S. 1007, 15), und die sich als eine Geschäftsbesorgung darstellen (vgl. JW. 1915 S. 1193, 4), z. B. die Tätigkeit des Notars zur Ausführung des von ihm beurkundeten Vertrages: JW. 1924 S. 814, 24, — denn die Amtspflichten des Notars gehen über die Klarlegung, Gestaltung und Fassung des in der Urkunde niederzulegenden Parteiwillens nicht hinaus.

Ähnlich wie beim Notar liegen die Verhältnisse beim Gerichtsvollzieher:

> Während man früher die Beziehungen zwischen dem Gerichtsvollzieher und Auftraggeber als einen Vertrag des § 675 BGB.

ansah (RG. 16, 396; SeuffArch. 65 Nr. 64; JW. 1901 S. 783; auch noch ROLG. 26, 397), legt man neuerdings das Amtsverhältnis zugrunde: RG. Verein. Zivilsen. 82, 85 ff. Insbesondere haftet danach der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger für den Schaden, den er ihm bei der Ausführung einer Zwangsvollstreckung schuldhaft verursacht, nicht aus einem bürgerlichrechtlichen Vertragsverhältnis, sondern nur nach § 839 BGB. (vgl. auch JW. 1912 S. 639, 11). Offengelassen ist aber in RG. 82 S. 95, nach welchen Grundsätzen die Schadensersatzpflicht für ein Verschulden bei der Zustellung, bei der Vornahme einer Versteigerung in den Fällen der §§ 383 und 1235 BGB. oder bei der von freiwilligen Versteigerungen zu beurteilen ist. In diesen Fällen wird man wohl einen Vertrag des des § 675 als vorliegend ansehen müssen (vgl. SeuffArch. 75 Nr. 21).

Eine Geschäftsbesorgung ist auch die Tätigkeit des Auktionators und Taxators:

ROLG. 40, 331; „Recht" 1919 Nr. 1957. Auftrag zur Versteigerung des Inventars: ROLG. 39, 164.

§ 663 BGB. wird in Verbindung mit § 675 auch zur Anwendung kommen können bei der Tätigkeit der Wach- und Schließgesellschaften, der Detektiv-Büros, Makler[4]). (Denn der Makler soll den anderen Teil zur Abgabe eines Angebots bewegen und das Angebot entgegennehmen: Wenigstens letzteres ist eine Geschäftsbesorgung.) Ein Geschäft besorgt auch der bauleitende Architekt, der Werkmeister, Hausmeister, Pförtner. Der Arbeiter, der auf Bestellung des zur Straßenreinigung verpflichteten Hauseigentümers bei Glatteis streut, besorgt kein Geschäft, sondern verrichtet einen gewöhnlichen Dienst. Er besorgt aber ein Geschäft, wenn er zugleich die Wachsamkeit darüber übernommen hat, daß bei Eintritt des Bedürfnisses zur rechten Zeit und ordnungsmäßig gestreut wird. Die Unterrichtung, Erziehung, Arzttätigkeit ist keine Geschäftsbesorgung.

Der Arzt, der den Kranken behandelt, besorgt diesem gegenüber kein Geschäft, sondern er hilft ihm, leistet ihm einen Dienst. Wohl aber besorgt der Arzt ein Geschäft, der für den unterhaltspflichtigen Armenverband die Behandlung eines

---

[4]) Beschaffung eines Kapitalbetrages für einen anderen auf dessen Verlangen: HöchstrRspr. 1929 Nr. 541. Ein Auftrag ist die Verschaffung einer Hypothek: „Recht" 1907 Nr. 1818.

Kranken übernimmt oder das Kind für den unterhaltspflichtigen Ehemann behandelt und verpflegt, da er diesem eine wirtschaftliche Sorge abnimmt: RG. in JW. 1913 S. 1147, 4.

Die Anträge des § 362 HGB. und des § 663 BGB. müssen stets auf eine Arbeitsleistung abzielen, d. h. es ist von dem Lotmarschen Prinzip auszugehen, daß stets Tätigkeit zu leisten ist. Ein einfaches Sachleisten genügt nicht. Reine Gefälligkeitsakte gehören nicht hierher (Recht RG. 1921 Nr. 1313, LZ. 1923 S. 275), ebenso nicht Geschäfte, die mit dem Gewerbebetrieb des Kaufmanns nicht zusammenhängen, oder Aufträge sonstiger Art, z. B. Warenbestellungen oder Kaufangebote:

Siehe dazu ROLG. 5, 170; 7, 338; auch 17, 224; Bolze 3 Nr. 698 S. 204; LG. Chemnitz in ZHR. 40 S. 496. Geschäftsbesorgungskaufmann ist nicht der Kolonialwarenhändler. Kein Antrag im Sinne des § 362 HGB. ist das Ersuchen eines Kaufmanns, für ihn eine Agenturvertretung zu übernehmen.

Anträge auf Kauf oder Verkauf, auf den Abschluß eines Miets- oder Darlehensvertrages u. ä. werden daher von der Anwendbarkeit des § 362 HGB. ausgeschlossen. Die Tätigkeit kann andererseits aber mit einer Sachleistung verbunden sein.

§ 362 HGB. ist anwendbar in erster Linie auf die Dienst- und Werkverträge des § 675 BGB., soweit die dort geleistete Arbeit für den Kaufmann in Frage kommt. Die Anwendbarkeit der Vorschrift auch auf reine Aufträge wird möglich, aber der Natur der Sache nach selten sein, da der Kaufmann für seine Tätigkeit stets Entgelt beanspruchen können wird, der Auftrag aber begriffsnotwendig unentgeltlich ist.

§ 362 ist ferner anwendbar auf die Arten des Werkvertrages, die eine sonderrechtliche Ausgestaltung erfahren haben. An erster Stelle steht der Kommissionsvertrag (§ 383 HGB.).

Beispiele aus der Rechtsprechung für das Kommissionsgeschäft: RG. 71, 76; 101, 307; 105, 128; 83, 201 (Übergabe von Sachen zum kommissionsweisen Verkauf); RG. in Seuff.-Arch. 80, 259 Nr. 146 (Kommissionsverlag).

Es folgen das Speditionsgeschäft

LZ. 1913, 63: Spediteur zu festem Transportsatz; ROLG. 28, 338

und der Frachtvertrag. Weiterhin gehören aber auch die im Gesetz einer speziellen Regelung unterworfenen Fälle einer Geschäftsbesorgung

außerhalb des Dienst- oder Werkvertrages hierher, so der Mäklervertrag §§ 652 BGB. und §§ 93 HGB., die Verwahrung bzw. das Lagergeschäft §§ 416 ff. HGB. Denn beim Lagergeschäft wird nicht nur Raum hergegeben, sondern der Lagerhalter hat auch Tätigkeit zur Erhaltung, Sicherung und Aufbewahrung der hinterlegten Güter zu leisten, die sich ihrem Charakter nach als Geschäftsbesorgung darstellt. Vertragsinhalt ist nicht so sehr die Rückgabe der Sache als die Behütung derselben durch den Verwahrer. Die Verwahrung bzw. das Lagergeschäft ist daher zum Arbeitsvertrag geworden.

Eine Geschäftsbesorgung enthält auch die Tätigkeit der Handlungsagenten:

JW. 1912 S. 73; RG. 63, 69; vgl. auch 69, 364

und der Treuhänder oder Treuhandgesellschaften:

ROLG. 36, 89: Ein Treuhänder hat ein Guthaben an Baulieferer und Geschäftsleute zu verteilen und die Unterlagen zu prüfen. RG. 125, 335. Vgl. zum Begriff der Treuhandgesellschaften das Gutachten der Handelskammer Berlin in „Recht" 1913, 20; SeuffArch. 68 Nr. 78 S. 137; WarnRspr. 1909 Nr. 84.

Besonders häufig sind die Geschäftsbesorgungen im Gebiete des Bankverkehrs, was eine Reihe von Beispielen, in denen nach der Rechtsprechung eine Geschäftsbesorgung vorliegt, dartut:

Als Geschäftsbesorgung werden angesehen: Einziehung und Beitreibung von Forderungen und Wechselbeträgen: JW. 1906 S. 109, 7; RG. 110, 48; ROLG. 45, 161; — von Schecks: RG. 102, 328; — Gutschrift eines Schecks: ROLG. 45, 159; — Diskontierung von Wechseln für einen andern: RG. in LZ. 1914 581; RG. in Bankarchiv 15, 185; — überhaupt die Einziehung von Werten, Inkassoauftrag: JW. 1911 S. 581, 23; — Ausführung eines Überweisungsauftrages: ROLG. 34, 56; KG. in LZ. 1922 S. 370, 5; RG. 107, 139; — Auszahlungsauftrag: „Recht" 1921 Nr. 2578; — eines Schecks: ROLG. 38, 109; — Auftrag zur Verfügungsstellung einer Summe: HöchstrRspr. 1928 Nr. 420; ROLG. 45, 161; — Gutschrift eines Betrages auf ein anderes Konto, z. B. Auftrag eines Girokunden an die Reichsbank zur Gutschreibung einer Summe auf das Girokonto eines anderen Girokunden: RG. 54, 329; — Akkreditivzahlung: RG. 114, 270; Entgegennahme von Aktienzeichnungen: WarnRspr. 1908 Nr. 461 S. 627; JW. 1908, 480; — Einlösung eines Frachtbriefduplikats: JW. 1921 S. 688, 5; — Zahlung gegen

Dokumente: RG. 107, 229; — Einlösung von Coupons, Umtausch und Versendung von Wertpapieren, Aufträge zum Börsengeschäft, Vermögensverwaltung: RG. 90, 214; — Vertrag mit der Bank, mit dem ihr überwiesenen Guthaben bei einer ausländischen Bank ein Guthaben für den Geldgeber zu begründen: WarnRspr. 1923/24 Nr. 177 S. 225; — Gefälligkeitsakzept; — das Bankverwahrungsgeschäft: RG. 103, 310; — Akkreditivauftrag: RG. 106, 27 und 304, 107, 108.

Die Konteneröffnung, der Depositen- und der Scheckvertrag sind selbst noch nicht Geschäftsbesorgung, wohl aber bereiten sie solche vor und begründen die für § 362 HGB. wichtige Geschäftsverbindung. Der Girovertrag im weitesten Sinne faßt alle diese bankmäßigen Geschäftsbesorgungen zusammen, ist aber selbst ebenfalls kein Geschäftsbesorgungsvertrag. Danach wird eine Pflicht der Bank zur Ausführung solcher bankmäßiger Geschäftsbesorgungen anzunehmen sein. Insofern ist § 362 HGB. nicht anwendbar. § 362 HGB. greift aber wieder Platz, wenn die Bank nicht mehr zur Vornahme der Geschäftsbesorgungen verpflichtet ist, was z. B. häufig der Fall sein wird, wenn für die Ausführung des Geschäfts keine Deckung vorhanden ist. Fehlt die Deckung, so braucht die Bank nicht auszuführen. Sie muß aber nach § 362 antworten [5]).

Eine Beziehung des Geschäftsführers zu dritten Personen fordert der Tatbestand der Geschäftsbesorgung nicht. Das Reisebüro, dem ein Antrag auf Zusammenstellung eines Rundreiseheftes zugeht, die Großwäscherei, der ein Antrag auf Abholung und Reinigung von Wäsche zugeht, der Bankier, der sich verpflichten will, die Auslosung oder den jeweiligen Stand gewisser Wertpapiere zu kontrollieren und wesentliche Änderungen dem Kunden mitzuteilen, hat einen dahingehenden Antrag unverzüglich zu beantworten, ebenso wie die Handelsgärtnerei, die sich erbietet, für Ortsabwesende Grabstätten in Ordnung zu halten. Geschäftsbesorgung liegt auch dann vor, wenn ein Reinigungsinstitut die Säuberung des Gehwegs von Schnee und die Streupflicht übernimmt u. a. m. — Voraussetzung ist aber für alle Fälle, daß die weiteren Bedingungen des § 362 HGB. erfüllt sind.

Die Geschäftsbesorgung ist als Arbeitsleistung aus dem Gebiet der abhängigen Arbeit keineswegs ausgeschlossen. Für § 362 HGB. und ebenso für § 663 BGB. ist indessen eine wesentliche Einschränkung zu machen. Die sich dort erbietenden Personen schließen nicht Arbeits-

---

[5]) Näheres bei Koenige a. a. O. § 362 Anm. 3 S. 693.

verträge im Sinne des Arbeitsrechts ab oder gehen Anstellungsverhältnisse ein — Verträge, in denen sich der Arbeitnehmer in soziale Abhängigkeit zum Arbeitgeber stellt, sondern sie betreiben ein selbständiges, freies Gewerbe. Die bezeichneten Vorschriften dürfen demnach auf die Geschäftsbesorgung, die in solchen Verträgen vorgenommen wird, nicht angewendet werden, da sie zu unannehmbaren Ergebnissen führen würden. Nicht aber die Arbeitsleistung, sondern die sie ausführenden Personen tragen hier den besonderen Charakter.